# Eine Frage

## aus der Lehre der Scriptur-Obligationen

von deren Grundzügen aus beantwortet.

# Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

von der

juristischen Facultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin genehmigt und nebst den beigefügten Thesen öffentlich zu vertheidigen **am 7. August 1891.**

von

**Julius Landsberg**
Referendar.

Opponenten:

Herr Dr. jur. Max Beneke, Referendar
„ Dr. jur. Gustav Hahn, Referendar
„ Dr. phil. Maschke.

**Frankfurt a/M.**
Verlag von H. Bechhold.
**1891.**

Druck von Emil Rohr Kaiserslautern.

Meinem hochverehrten Lehrer

**Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Goldschmidt**

in Dankbarkeit

gewidmet.

# Inhalt.


| | | Seite |
|---|---|---|
| § 1. | Bedeutung der Scripturobligation. Vorbemerkungen . | 1 |
| § 2. | Skizze der Hauptmerkmale der Scripturobligation . | 9 |
| § 3. | Der Formalismus . . . . . | 15 |
| § 4. | Wer ist Gläubiger? . . . . . | 37 |
| § 5. | Legitimation und Befugnis . . . . . | 59 |
| § 6. | Recht und Befugnis . . . . . | 71 |
| § 7. | Die Hauptfrage und ihre Litteratur . . . . | 73 |
| § 8. | Insbesondere das Nachweisrecht . . . . | 76 |
| § 9. | Insbesondere die Nachweispflicht . . . . | 91 |
| § 10. | Praktische Schlussbetrachtung . . . . . | 102 |

## § 1.

# Die Bedeutung der Scripturobligation. Vorbemerkungen.

In seinem bedeutungsvollen Buche über die Staatsschulden [1]) nennt Gönner das System der Inhaberpapiere „ein System der Circulation“; der Wechsel, der Hauptvertreter der Orderpapiere, heisst bei Kheil[2]) „ein Metropolit“ und Kuntze[3]) sagt von ihm sehr bilderreich: „Der Wechsel ist ein Mittel, durch welches der schlummernde Credit in den entlegensten Strichen und verborgensten Winkeln geweckt, von den niedrigsten Regionen hervorgelockt und aus atomistischer Zerstreuung gesammelt wird.“ Diesen drei Bemerkungen ist der Hinweis auf die unbegrenzte Beweglichkeit der genannten Papiere gemeinsam, und damit haben sie in der That deren wirthschaftlich bedeutsamsten Punkt getroffen, worin ihnen zugleich kein anderes Rechtsinstitut nahe kommt. Keine Grenzen der Individualität, der Lokalität, ja der Nationalität, wie sie doch für das Geld bestehen. Innerhalb dieses allumfassenden Gebietes aber eine

[1]) Gönner: Von Staatsschulden, deren Tilgungsanstalten und vom Handel mit Staatspapieren. München 1826, S. 192.

[2]) Kheil: Wechselrecht.

[3]) Kuntze: Deutsches Wechselrecht, Leipzig 1862.

Leichtigkeit, Schnelligkeit, Einfachheit, Sicherheit, Discretion[4]) des Vermögensverkehrs ohne Gleichen.

Neben diesen hier anzudeutenden enormen ökonomischen Lichtseiten müssen gewisse Schwächen und Fehler, zum grössten Theil die unvermeidlichen Schattenseiten jener Vorzüge, durchaus zurücktreten. Das ist wenigstens, ungeachtet einiger besorgt warnenden Stimmen, die heute wohl in allen betheiligten Kreisen herrschende Anschauung.[5]) Nichts beweist ihre wirthschaftliche Nützlichkeit, ja Nothwendigkeit besser, als die zähe Hartnäckigkeit, mit der jene Institute allen von einer begriffsarmen Wissenschaft und zum Theil auch von einer engherzigen Gesetzgebung vergangener Tage[6]) ausgehenden Anfeindungen gegenüber sich siegreich behaupteten; als die eminente Ausdehnung und Erweiterung, die sie in der Neuzeit gefunden und immer mehr finden.[7])

Neben diesen oft bethätigten und berühmten Vortheilen für den Verkehr sei es noch verstattet den überaus günstigen

---

[4]) Auf diesen letzten Punkt macht S. 326 namentlich aufmerksam Foleville: Traité de la Possession des Meubles et des titres au porteur, Paris 1875, S. 308.

[5]) Als besonders charakteristisch stellt sich in dieser Richtung der Ausspruch eines französischen Praktikers dar. (Bonjean's, in seinem Gutachten an den Senat vom 2. Juli 1862, mitgetheilt von Foleville a. a. O. S. 306 ff.) B. weist folgendermassen pathetisch auf die »inconvénients« der Inhaberpapiere hin: »ils se prêtent à tous les genres de fraude et qui ne seraient frappés de l'action funeste que leur vulgarisation doit exercer à la longue sur la moralité même des nations« par exemple: »spoliations des successions«, détournement des valeurs de la communauté! »soustraction de l'actif en cas de faillite«, »avec les valleurs au porteur il n'est pas une des dispositions de nos lois civiles qui ne puisse être facilement éludée«.

[6]) Neben diesen ethischen und juristischen Bedenken, liesse sich als sozial-ästhetische in erster Linie die mit jedem Formalismus verbundene Unbequemlichkeit anführen.

[7]) Nach einer recht einleuchtenden Wahrscheinlichkeitsrechnung Lehmann's (Lehrb. d. deutschen Wechselrechts, Stuttg. 1886, S. 26 f.) circuliren in Deutschland jährlich für 13 Milliarden Mark Wechsel, d. h. »für mehr als den vierfachen Betrag, der in Circulation befindlichen sonstigen Werthträger und Werthzeichen«.

Einfluss der Scripturobligationen auf die Rechtswissenschaft hervorzuheben. Nachdem diese Obligationsform als eine neue unverdrängbare Schöpfung des Lebens — denn das ist sie gewiss — hervorgetreten war, galt es ihr einen Platz in der Wissenschaft einzuräumen; dabei sah man sich gezwungen, die neuen Sätze auf ihre juristische Natur zu prüfen, und dies konnte wiederum nicht anders geschehen, als durch Nachprüfung der vorhandenen. So erfuhr besonders der allgemeine Theil des Rechts, insbes. des Obligationenrechts, bei allem Misslungenen und Gewagten,[8]) im Ganzen doch eine bedeutende Förderung; die historische Forschung wurde angeregt; überhaupt entwickelte sich von fast allen Seiten und in nahezu allen Zweigen des Privatrechts ein lebhafter Meinungsstreit.[9])

In Folge dieser ihrer wirthschaftlich wie wissenschaftlich hervorragenden Stellung, kann es kaum eine Frage in dieser Lehre geben, die ohne praktischen Werth oder ohne theoretisches Interesse wäre; um so mehr, da nichts entschieden

---

[8]) Nur dies soll gesagt sein von Thöl: Lehrb. d. Handelsrechts, Bd. II, S. 351: »Das Halbe, Verkehrte und Ueberschwengliche, was dieser Streit zu Tage gefördert hat, kann hier nicht einmal angedeutet werden«.

[9]) Es ist nicht uninteressant, in dieser Beziehung eine Aeusserung aus dem ersten Viertel des Jahrhunderts, mit einer solchen aus dem Zweiten und beide wiederum mit dem Standpunkte unserer Zeit zu vergleichen: Gönner a. a. O. schrieb im Jahre 1826 im Hinblick auf die Inhaberpapiere: »Die Aufmerksamkeit der Rechtsgelehrten unserer Zeit ist zu stark auf den Rechtszustand .... der vergangenen Jahrhunderte gerichtet, als dass ihr Blick auf die Erscheinungen der Gegenwart hätte fallen können«. Dagegen konnte Kuntze, 31 Jahre später, in seinem seit Gönner einen weiteren Abschnitt in der Litteraturgeschichte der Inhaberpapiere bedeutenden Werk: »Die Lehre von den Inhaberpapieren, Leipzig 1857« mit Recht klagen: »Es ergoss sich eine so schwellende Fluth von Theorien nach den verschiedensten Richtungen, dass es kaum gelingen will, in der Bewegung und Fruchtbarkeit der Geister eine wirkliche Geschichte und einen entscheidenden Fortschritt des Geistes wahrzunehmen«. S. 176. Aus derselben Zeit stammt eine ähnliche Aeusserung von Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, Leipzig 1857. Für den Standpunkt von heute darf auf das Folgende hingewiesen werden.

werden kann, ohne dass man auf das Ganze zurückgeht, somit Alles Einzelne an sich geeignet ist, den gesammten immer noch lebhaft umstrittenen Gegenstand zu erhellen oder doch wenigstens dazu anzuregen. Andrerseits bedingt wiederum das System die Lösung jeden Problems. Es besteht somit eine bald mehr äusserliche, bald innerliche Wechselwirkung, und soviel ist uns bei der Untersuchung unserer Frage klar geworden, dass ein fester Standpunkt in den Grundprinzipien der Scriptur-Obligationen (auf Inhaber und an Order) überhaupt für die Beantwortung durchaus nothwendig ist.[10]) Da jedoch keines der bisher aufgestellten Systeme gänzlich befriedigen konnte die zahlreichen vorhandenen Theorien aber, soweit ihnen beigetreten werden konnte, nur einzelne Punkte betreffen, so bedurfte es einer selbständigen theils zusammenfassenden, theils auch Neues versuchenden Systematisierung. Naturgemäss sind nur Hauptpunkte statuirt; auch diese, wo nämlich ein Hinweis genügte oder der nie aus dem Auge verlorene Anschluss an das Thema ganz schwach war, nur kurz berührt. Eine solche Skizze wird man auch, abgesehen von Gründen des Zusammenhangs und der festen Grundlagen, deshalb nicht für überflüssig erachten dürfen, weil gerade unser Thema, wie sich zeigen soll, seiner besonderen Natur nach sich organisch aus dem Stamme des Ganzen entwickelt; es reift mit der Entwicklung des Baumes und fällt dann fast wie eine reife Frucht in den Schooss.

Auf die historische Entwicklung[11]) der Institute kann im Allgemeinen nicht eingegangen werden; der reichen Dogmen-

---

[10]) So schwindet beispielsweise die Existenzberechtigung selbst der Frage, wenn man sich einer gewissen Theorie anschliesst, einer Theorie, die jetzt für Inhaberpapiere gesetzliche Sanctionirung zu erhalten droht. (Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches, § 685 ff.)

[11]) In neuester Zeit hat Goldschmidt (Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Bd. X, Roman. Abth. Nr. X, S. 352 ff., 1889) das Vorkommen der Inhaber- und Orderpapiere im classischen Alterthum nachgewiesen. Das Ergebnis dürfte für die folgende Untersuchung nur das bedeuten, dass, was man bisher german. Rechtsideen nannte, auch dem Alterthum bekannt war. »Sicher« träfen nach Goldschmidt seine Auf-

geschichte soll hier von dem Gesichtspunkte aus eine kurze Erwähnung zu Theil werden, damit es sich schon im Ganzen einigermassen rechtfertige, warum im Folgenden frühere und heutige Dogmen bald berührt, bald übergangen werden.

Die hier verhältnissmässig spät (Ende des 14. Jahrhdts.)[12]) einsetzende Dogmatik kommt für unsere Hauptfrage direkt erst in ihrer modernen Gestaltung in Betracht. Im Allgemeinen zeigt die Entwicklung in der italienischen, französischen, holländischen und deutschen Schule eine ausgesprochene Neigung, die ohne gelehrte Mitwirkung entstandenen Institute[13]) auf römische Basis zu stellen, und frühe Keime einer originellen Construction werden bald von der Schablone überwuchert und erstickt.

Man ging aus von der These eines solutioni adiectus, schritt mit etlichen Schwankungen zur Annahme eines procurator in rem suam, wobei prozessualische Gesichtspunkte massgebend waren, und gelangte in der älteren deutschen Jurisprudenz bis zur Aufstellung einer irregulären Cession.

Der Cessionsgedanke, bis in die neueste Zeit von Manchen, in verschiedenster Form, festgehalten,[14]) darf im Ganzen als überwunden gelten. Eine willkommene Stütze boten bei diesen Constructionen mancherlei mehr oder weniger streng genommene Präsumtionen, Fictionen, Anomalien. Von Carpzov an das 18. Jahrhdt. hindurch kehrte man gänzlich von der prozessualischen Auffassung zur materiellrechtlichen der Cession zurück, schnürte, das besondere Wesen sowohl der Forderung

---

stellungen für das »spätere hellenische Recht« zu. (A. a. O. S. 393.) Damit wäre an Stelle einer gelegentlich seiner Untersuchungen über carta und notitia von Brunner mehr als Ahnung ausgesprochenen Vermuthung eine bewiesene Behauptung getreten.

[12]) vergl. Kuntze a. a. O. (Inhaberpapiere); andererseits Lehmann, a. a. O. S. 145.

[13]) »Die Frage nach der Gültigkeit dieser Papiere ist nicht auf dem Wege theoretischer Betrachtung entstanden, vielmehr haben wichtige praktische Bedürfnisse auf dieselben geführt.« (Savigny, Obligationenrecht, S. 94.)

[14]) So noch von Ladenburg, Budde, Skoniezki.

als auch des Papiers, das man durchweg als Beweisurkunde ausgab, verkennend, dasselbe in die Fesseln des allgemeinen Rechts, ohne selbst Präsumtionen in weiterem Masse anzuerkennen. Nach einigen minder bedeutenden Anläufen (von Füssl, Klügel, Richter, selbst Biener) beginnt im 19. Jahrhdt. mit Kind, insbes. mit Gönner,[15]) eine rege und fruchtbringende Reformationsarbeit, die bis in die neueste Zeit fortgesetzt wird. Die Signatur dieser neuen Entwicklung ist im Gegensatz zur älteren Methode eine sich mehr und mehr vom allgemeinen Recht frei machende, eine vielfach rein spekulative, ja hie und da phantastische Betrachtungsweise. Hatte man früher die Institute gewaltsam dem corpus iuris einzuleiben gesucht, so wollte man sie jetzt in bewusster Unabhängigkeit vom römischen, ja vom allgemeinen Recht überhaupt, so eifrig auf eigene Füsse stellen, dass man ihnen doch thatsächlich oft den nöthigen Halt am Rechtsboden entzog. Bei der geringen gesetzlichen Regelung gerade der Prinzipien oder wie (bei den Inhaberpapieren) des ganzen Gebildes, bei der, wie bisher, so auch weiterhin wesentlich unabhängig fortschreitenden Praxis liess sich alles Mögliche hinein- und herausconstruiren; es ward üblich durch eine clausula generalis die volle Unabhängigkeit der sog. Inhaber- und Orderpapiere von den gemeinen Rechtsregeln zu verkünden und nichts, so verketzert es sonst sein mochte, war so abnorm, dass es nicht hier ohne Skrupel als „Eigenthümlichkeit“ deducirt, vielmehr inducirt worden wäre. Die historische Methode, die hier hätte heilsam wirken können und, wo sie ergriffen wurde, gewirkt hat, wies man mit Schlagworten, wie „modernes Gebilde“ u. ähnl. a limine ab; auch möchte das von Goldschmidt[16]) als „gross und verwickelt“ bezeichnete Forschungsgebiet der Urkunden Manchen abschrecken. Diesen Bestrebungen gegenüber, die bis in die neueste Zeit reichen und immer neue Anhänger finden, sei

[15]) Schon 1808 im Arch. für Gesetzgebung und Reform I., besonders aber 1826 in dem angeführten Buche über Staatsschulden etc.

[16]) Zeitschr. der Savigny-Stift. a. a. O.

hier daran festgehalten, dass die Scriptur-Obligation bei aller Besonderheit grundsätzlich auf dem Boden des allgemeinen Rechts steht.[17]) In ähnlicher Weise ist es oft verkannt worden, hier jedoch zu Grunde gelegt, dass die Scriptur-Obligationen — nur von den Obligationen ist die Rede — in den wesentlichen Punkten gleichen Grundsätzen unterliegen. Das trifft insbesondere für die Beantwortung der Hauptfrage zu. Bei analoger Anordnung der Prämissen muss sich eine Gleichheit der Consequenzen herausstellen; bei analoger Anordnung: denn Ungleichheiten[18]) im Aeusseren und im Detail sind gewiss vorhanden und historisch wie wirthschaftlich erklärlich. Die ökonomischen Aufgaben des Wechsels sind, noch mehr aber waren sie total andere, als die irgend eines anderen Werthpapiers. Die moderne Entwicklung geht, nicht immer von der Gesetzgebung begünstigt, darauf hinaus, den Wechsel und das Inhaberpapier einander zu nähern, und es giebt in der That Lebensphasen des Wechsels, in denen derselbe sich vom Inhaberpapier so wenig unterscheidet, dass man — allerdings übertreibend — so geartete Wechsel Inhaberpapiere genannt hat. Man denke an den Wechsel mit Blanco-Indossament; den Wechsel auf Inhaber, also eine Spielart der Inhaberpapiere, welche durch die Deutsche Wechsel-

---

[17]) Es sollen mit dieser Aufstellung nicht systematische Fragen entschieden werden, wie: ob das Wechselrecht ein Theil des Handelsrechts, ob die Inhaberpapiere zu handelsrechtlichen Materien gehören oder nicht. Es ist, nebenbei bemerkt, insbes. in letzterer Hinsicht wohl Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 36, S. 305, beizustimmen. Sie müssen »nothwendig im System des Handelsrechts — mindestens auch in diesem — zur Entwickelung gelangen. Deshalb sind sie noch nicht handelsrechtliche Institute zu nennen. (Vergl. Protokolle der Nürnberger Conferenz, S. 4620 f.) — Mit dem Obigen sollte nur gesagt sein, dass überall, wo nicht erweislich specielle Sätze gelten oder aus dem Wesen folgen, die allgemeinen Regeln eintreffen. Bei Sätzen des Privatrechts ist hier in erster Linie das gemeine Recht herbeigezogen.

[18]) Einige dieser Verschiedenheiten sind bei Kuntze, Inhaberpapiere, S. 441 ff., aufgezählt.

Ordnung bekanntlich ausgeschlossen ist.[19]) Innerhalb der Orderpapiere, deren Arten nach Art. 304 des D.H.G.B. grundsätzlich unbegrenzt sind,[20]) ist der Wechsel vorbildlich; wo daher spezielle Eigenschaften der Orderpapiere zu berühren sind, wird schlechthin von ihm die Rede sein dürfen. Ebenso sind unbeschränkt die Klassen und Spielarten der Inhaberpapiere, insbes. können nicht nur Staaten und ähnliche Corporationen solche emittieren, sondern vorbehaltlich besonderer gesetzlicher oder polizeilicher Beschränkungen Jedermann;[21]) ferner kann die Leistung der Inhaberpapierobligationen nicht nur Geldzahlung sein, sondern jede denkbare Leistung.[22]) [23])

Dem eigentlich behauptenden und beweisenden Teil der Untersuchung ist noch folgendes vorauszuschicken: Die gestellte Hauptfrage lautet: **Ist der Schuldner aus Inhaber- und Orderpapier berechtigt bezw. verpflichtet, dem legitimierten Inhaber des Papiers seine Nichtbefugnis nachzuweisen?**

Auf das Bedürfnis zur Schaffung einer breiteren Basis zwecks Beantwortung dieser Frage ist schon hingewiesen worden. Hier ist noch hinzuzufügen, wie die Art des Gegenstandes es mit sich bringt. Die Art des Gegenstandes bringt es mit

---

[19]) Für die Gleichheit in wesentlichen Punkten sprechen sich aus: Kuntze: Inhaberpapiere, S. 170; Unger: Natur, Einleitung. Rückhaltslos Pappenheim, Zeitschr. f. Handelsr. XXXIII, S. 449 a. E., Carlin, Z. XXXVI, S. 10 N. 11 a. E.

[20]) So auch Thöl: H.R. Bd. I, § 211: »Durch diese Aufzählung (Art. 301 f.) will das H.G.B. nur das Minimum von indossablen Papieren bezeichnen; denn es anerkennt ausdrücklich die Indossabilität aller nach dem bisherigen Recht indossablen Papiere«.

[21]) Thöl: H.R. S. I. 669: »Es giebt mehr Arten, als aufgezählt, also wohl auch gedacht werden können.«

[22]) Z. B. Theater-, Eisenbahn-, Bade-, Speisemarken u. s. w. nicht zu verwechseln mit den Legitimationspapieren (s. u.); was jeweils vorliegt, ist oft schwer zu entscheidende Thatfrage; vergl. Fuchs: Die Marken und Karten des täglichen Verkehrs.

[23]) Für die einzelnen Arten von Order- und Inhaberpapieren vergl. beispielshalber Renaud: Beitrag zur Theorie der Obligationen. Zeitschr. für deutsches Recht. XIV. N. IX. § 2. Beseler: System. S. 344 f. Stobbe: Handbuch § 179. Brunner: Endemann's Handb. S. 207.

sich, dass in dieser Abhandlung vielfach allgemeinere Rechtsbetrachtungen, manchmal methodischer Natur, mitunterlaufen; deshalb nämlich, weil die hier zu betrachtenden Institute in ihren Grundzügen betrachtet werden, diese aber naturgemäss und noch besonders nach der hier vertretenen Anschauung sich in Kontakt (gegensätzlichem oder analogem) mit den einfachsten Sätzen des Rechts überhaupt, weiter des Privatrechts, speziell des Obligationenrechts befinden. Um so mehr muss eine derartige Betrachtung Platz greifen, als betreffs der Inhaberpapiere kaum irgendwelche gesetzlichen Regelungen vorliegen und die für Orderpapiere existirenden die theoretische Betrachtung meist bewusst umgehen, die prinzipiellen Fragen regelmässig, auch implicite, unbeantwortet lassen. Wo daher noch ein erkennbares Gewohnheitsrecht fehlt, muss die Natur der Sache leitend eintreten. —

Ferner ist gewissermassen entschuldigend zu bemerken, dass die Häufigkeit der Polemik aus dem dermaligen Zustand der Lehre sich rechtfertigt. —

Schliesslich die Form betreffend, wurde es gerade hier für förderlich gehalten, die Kernsätze und Stichwörter der Schriftsteller pro und contra des Oefteren wörtlich einzuführen. Dabei kann es vorkommen, dass das Buch mehr sagt, als der Autor; Letzterem, d. h. seiner im Ganzen unverkennbaren Absicht ist natürlich nachzugehen.

## § 2.

# Skizze der Hauptmerkmale der Scripturobligation.

Wie schon oben angeführt, ist es zur Lösung der Hauptfrage unumgänglich nöthig, ja zum Theil ihr integrirender Bestandtheil, mindestens aber für den Zusammenhang förderlich,

die Hauptmerkmale der Scripturobligationen auf Inhaber und an Order als Basis festzulegen. Soweit nicht der Hinweis auf eine bestehende Theorie genügt und wo es zugleich die Beziehung zum Thema rechtfertigt, soll das Detail der Skizze folgen.

**I.** Die Scripturobligationen auf Inhaber und an Order[24]) müssen in ihren Hauptgrundzügen unter Einen Gesichtspunkt gestellt werden. Insbesondere hat ihre jeweilige besondere Natur und die Differenzirung innerhalb der beiden Klassen auf die Lösung des Problems keinen prinzipiell scheidenden Einfluss.[25])

**II.** Die Scripturobligationen werden charakterisirt durch den **Formalismus**, d. i. Entstehung, Neuentstehung, Untergang der Obligation bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Form der Uebergabe des Schriftstücks.

1) Es begründen keine Scripturobligation zum ersten Mal oder neu:

a. Bloss mündliche Willenserklärung,[26]) (einseitige oder zweiseitige);
b. Scriptur allein;[27])
c. Uebergabe[28]) einer Nichtscriptur (eines Nichtwerthpapieres.[29]) Note siehe umstehend.

---

[24]) Wo im Folgenden von Scripturobligationen die Rede ist, sind diese beiden Arten gemeint; dagegen auf die Rektapapiere, die vielfach übereinstimmen, aber ihrer speziellen Natur zu Folge auch vielfach abweichen, ist keine Rücksicht genommen.

[25]) Vgl. die Ausführung S. 17 ff.

[26]) Das wäre die Consequenz der oft vertretenen Ansicht, das Papier sei blosse, schlichte Beweisurkunde, obwohl diese Consequenz unconsequenter Weise meist nicht gezogen wird. S. u.

[27]) Anders insbesondere die Kreationstheorie, aber auch die Dereliktions- und Emissionstheorie. S. u.

[28]) Der thatsächlichen Uebergabe steht event. gleich, was nach der Verkehrsauffassung ihr gleich gilt; z. B. constitutum prossessorium u. s. w. Das ist eine ähnliche Erscheinung wie in der Besitzeslehre

2) Zahlung, Erlass, Confusion und die übrigen allgemein civilen Endigungsgründe einer Obligation vermögen an sich nicht die Scripturobligation zu beendigen.[30])

3) Die Uebergabe des Schriftstücks ist nur eine Form.[31]) Daher bedarf es:

a. Bei der Erstbegründung des animus se obligandi einerseits und des animus sibi et tertio aliquem obligandi[32]) andererseits;

b. Bei der Neubegründung des animus sibi aliquem obligandi;[33])

c. Bei dem Untergang des animus obligationis delendae.[34])

a, b und c bedürfen keiner ausdrücklichen Bethätigung.

4) Die Entstehung der ersten Obligation und die Grundlegung der ev. folgenden erfolgt durch (formalen) Vertrag[35]) zwischen dem ersten Nehmer des Papiers und dem laut des Schriftstücks sich obligirenden Geber. Nicht:

a. durch einseitiges Versprechen;[36])

---

bei dem Begriffe der Innehabung. Vergl. Goldschm.: Studien zur Besitzeslehre. 1888.

[29]) Genauer: eines Papieres, das nicht Werthpapier werden kann; denn keines ist es schon vor der Uebergabe. Vergl. den Ausspruch Goldschmidt's in Z. VIII S. 332: „So wenig sich die Deutsche W. O. auf solche Urkunden bezieht, die nicht mehr Wechsel sind, so wenig betrifft sie solche, die es noch nicht sind.“ S. u.

[30]) S. u.

[31]) S. u.

[32]) S. u.

[33]) S. u.

[34]) Der Ausdruck stammt von Kuntze: Inhaberpapiere, S. 619; er bedeutet eigentlich vom Standpunkt der Kreationstheorie ein Abgehen vom höheren Prinzip. S. u.

[35]) Vergl. die goldnen Worte Savigny's über das Wesen des Vertrags in seiner 1816 erschienenen Abhandlung über d. Literal Contract. (Vermischte Schriften, I. S. 1206.) S. u.

[36]) S. u.

b. durch „reine Verpflichtung“;[37])
c. durch Vertrag mit einer persona incerta; dem Publikum; einer persona incerta in abstracto;[38])
d. durch Vertragsofferte;[39])

5) Der Vertrag mit dem ersten Nehmer begründet eine Verpflichtung gegenüber ihm sofort und einer Reihe noch unbestimmter (in favorem tertii) Dritter[40]) vielleicht später. Die sog. Neuentstehung ist die Perfektion dieses zweiten Vertragsbestandtheils, nicht Delegation.

6) Sie geschieht originär[41]) mit der Folge eines selb-

---

[37]) Das Gegentheil sucht z. T. aus logisch-ethischen Abstractionen weitläufig nachzuweisen Stein: Skizze einer Theorie der Inhaber- und Orderpapiere in Oesterreich. Ger.-Ztg. Nr. 67 (1871). Allein der Begriff einer »absoluten Pflicht« »ohne einen korrelaten Berechtigten« (S. 265 u. 266) ist, wenn überhaupt, doch jedenfalls nicht im Privatrecht auch nur denkbar.

[38]) A. M., vor allen Savigny; dann Gengler, D. Privatrecht, S. 171. Einert, Jolly: Arch. f. W.R. IX, S. 386 ff. — Dagegen Renaud, Beitrag, S. 328 ff. Volkmar & Lœwy, Z. II., S. 557; Bluntschli: D. Privatrecht, S. 310 ff. Sohm, Z. XVIII, S. 80. Die Ansicht von diesem, wie Goldschmidt sagt, »nebelhaften« Vertrag darf heute wohl als überwunden gelten.

[39]) So z. B. de Fontenay: Z. XVIII, N. 2 (1873) und folgerichtig alle Anhänger der Pendenz- oder Delationstheorie, soweit sie nicht einseitiges Versprechen an eine unbestimmte Person annehmen.

[40]) Vergl. z. B. Walter: D. Privatr, § 258, N. 1: »Das Papier hat die Wirkungen eines Vertrags zu Gunsten eines Dritten.« Brunner: Hdbch. S. 161, Ztschr. Bd. XXII, S. 90 ff. Derselbe Z. Bd. XXII, S. 91 insbes. Sohm: Z. Bd. XVII, N. II (1872) S. 79 ff. E.R.G. IX, 7 vom 17/III. 83.

[41]) Nicht nur kann sie »originär« geschehen — Dieser vornehmlich im Sachenrecht gebrauchte Ausdruck, ebenso wie sein Gegensatz: »Derivativ« seien hier verstattet — sie geschieht vielmehr immer originär, selbst dann, wenn die Voraussetzungen einer »derivativen“ Erwerbsart vorliegen. Man entginge sonst kaum der nothwendigen Annahme einer Cession oder Singularsuccession«, die doch wiederum nicht durchaus durchführbar sind. Das derivative Element wird eben hier aufgesogen von dem subjectiven Element der bona fides (objectiv betrachtet von Brunner publica fides genannt.) Es tritt daher in dieser Lehre der merkwürdige, aber hier nicht ohne Analogien dastehende

ständigen[42]) neuen[43]) Rechts mit zum Theil altem Inhalt. Nicht:

a. durch Cession;[44])

b. aus dem Gesichtspunkt der „publica fides“;[45])

c. durch Singularsuccession.[46])

7) Gläubiger[47]) wird man also durch Vertrag-Consens

---

Fall ein, dass jene sonst objectiv bedeutsame Voraussetzung hier nicht dadurch, dass sie ist, sondern dadurch, dass man sie glaubt, ohne Rücksicht auf wirkliches Sein bedeutungsvoll wird. Das ist beim Wechsel u. s. w. nicht anders. Das Indossament bewirkt keine Uebertragung der Forderung durch sein Dasein. Es knüpft sich daran nur subjectiv der Glaube, objectiv dagegen wirkt diese Form nur erschwerend.

[42]) Vgl. Gönner, a. a. O. S. 194. Bekker: Jahrbuch des gem. R. I. S. 368; Goldschmidt: z. Bd. XXVIII (»Miscellen«) S. 64. Derselbe: Ztschrift der Savigny-Stiftung r. Abth. Bd. X. S. 353. E. R. G. IX. 7 (17/III 83.) Motive zum Preussischen Entw. einer W. O. S. XXXVI.

[43]) Man thut daher besser, nicht, wie dies fast allgemein geschieht, von der Skripturobligation zu reden, sondern von vielen einzelnen, die allerdings einen grossen Theil des Inhalts und dieselbe Schuldnerperson gemeinsam haben. Im Leben ist jener ungenaue Sprachgebrauch daher durchaus erklärlich und zulässig, in der Wissenschaft muss er fallen, auch ganz abgesehen von den Irrthümern, die sich leicht in sein Gefolge einschleichen.

[44]) Diese Ansicht dürfte seit Gönner's Ausführungen für immer einer grösseren Ausdehnung entrückt sein.

Dennoch a. M. Gengler: a. a. O. S. 171, (ferner wenn auch nicht ausdrücklich) Skoniezki, Budde.

[45]) Vertreten von Brunner.

[46]) So hauptsächlich Renaud. a, a. O. — Ferner Bluntschli, a. a. D. S. 322, 329, was ihn nicht abhält S. 320 von einem »selbstständigen Gläubigerrecht« zu sprechen. Ueberhaupt scheint die »Singularsuccession« nur ein Name, und keine Erklärung zu sein, und in diesem Sinne verurtheilt Bluntschli selber seine Ansicht, unbewusst, am schärfsten, wenn er S. 320 bemerkt: »meine Singularsuccession ist eigentlich eine Cession ohne die Wirkungen der Cession.«

Gegen die Singularsuccession insbes. Kuntze: a. a. O. S. 236: Er nennt sie etwas übertrieben »ein Bastardgebilde«, eine »civilistische Lüge«, »ein illegitimes Kind der Jurisprudenz«. — Vergl. auch Gierke: Z. XXIX.

[47]) S. u.

der Parteien-Willen derselben (natürlich plus Form). Der Wille des Schuldners bezw. dessen, der es werden will, ist darauf gerichtet und wird wirksam so vom ersten Gläubiger bezw. u. s. w., d. i. dem Nehmer erfasst: Sich zu verpflichten:

α. Dem ersten Nehmer,

β. Dem gutgläubigen **Erwerber** mit dem Gläubigerwillen.

Der erste gutgläubige Erwerber bringt das Recht des ersten Nehmers; der letzte gutgläubige Erwerber das Recht des vorletzten gutgläubigen Erwerbers zum Untergang.

Gläubiger ist also nicht:

a. Der Inhaber; Detentor; Besitzer des Papiers;[48])

b. Der legitimirte Inhaber des Papiers;[49])

c. Der Präsentant; Vorzeiger; Ueberbringer, Einlieferer des Papiers, der es durch diese Handlung wird, sich dazu macht;[50])

d. Der legitimirte Präsentant u. s. w. des Papiers;[51])

e. Der juristische Besitzer des Papiers;[52])

f. Der gutgläubige Besitzer des Papiers;[53])

g. Der Eigenthümer des Papiers;[54])

h. Das Papier selbst.[55])

8) M. a. W. und speziell: Das Forderungsrecht hat der Gläubiger; Das Eigenthum am Papier der Eigenthümer des Papiers. Nicht:

a. ist der Papiereigenthümer Skripturgläubiger;[56])

b. ist der Scripturgläubiger Papiereigenthümer;[57])

---

[48]) S. u.

[49]) Unterscheidet sich wohl von N.[47]; z. B. in Betreff der Identität beim Wechsel. S. u.

[50]) S. u.

[51]) S. u.

[52]) S. u

[53]) S. u.

[54]) S. u.

[55]) A. M. Volkmar u. Loewy: a. a. O. S. 559. Rekker, a. a. O S. 292 ff. S. u.

[56]) S. u.

[57]) S. u.

c. hat der Gläubiger nicht das Recht, sondern ist das Recht an das Papier gebunden, in ihm verkörpert, ihm einverleibt u. s. w.[58])

9) Das Schriftstück ist Werthpapier, constitutive (besser:) Dispositive Urkunde, so lange sie es ist.[59]) Nicht:

a. schlichte Beweisurkunde;[60])
b. Träger des Rechts;[61])
c. Papiergeld;[62])
d. Waare (im wesentlichen);[63])

10) Inhaltlich ist man naturgemäss scripturmässig zunächst nur auf das verpflichtet, was der Inhalt der Scriptur ergiebt. Anderenfalls wären die Scripturobligationen illusorisch. Allein Erweiterungen, Einreden u. s. w. sind durchaus, innerhalb des Rahmens der Scripturobligation, zulässig; nur geht aus Grundsatz 6 hervor, dass die Einreden gegen den „Vormann" den „Nachmann" nicht treffen können.

Die Scripturobligation ist daher nicht:

a. abstrakt;[64])
b. in ihrem Inhalt an die Urkunde gebunden.

---

[58]) S. u.

[59]) S. u.

[60]) S. u.

[61]) S. u.

[62]) A. M. Souchay: über die neueste Deutsche Gesetzgebung in Wechselsachen. Zeitschr. f. d. R. Bd. XI (1847), N. 1, § 5, S. 114 ff. Einert: über das Wesen und die Form des Wechselcontracts. Leipzig 1852, S. 77 ff. Brauer, Kheil, Brakenhöft (»autonomes Papiergeld«. Arch. f. W.-R., I, S. 243.) Wächter: Arch. f. W.-R. V, N. VI, S. 150; die meisten in Bezug nur auf den Wechsel.

Dagegen: Bender, Renaud, Duncker, Thöl, Unger, Savigny, Goldschmidt, Brunner a. a. O. — Die Ansicht ist heut zu Tage, so weit zu sehen, ohne Anhänger.

[63]) A. M. Mühlenbruch: Cession. 3. Aufl. 1836. S. 457—61. Pfeiffer praktische Ausführungen. Bd. I. N. VI. Nebenius: Credit. 2. Aufl. 1829, S. 575. Bender: Verkehr mit Staatspapieren; 2. Aufl. 1830. § 35.

[64]) A. M. z. B.: Hoffmann, Arch. f. W.-R. V, S. 258 ff. Unger, Natur. S. 86; Kuntze, D. W.-R. S. 43. Dagegen z. B. Brunner, Ztschr. XXII, S. 91.

11) Das Amortisationsverfahren, die Ausserkurssetzung (Vinkulirung), die Zahlungssperre, das Zahlungsverbot, der Arrest, die Eröffnung des Criminalverfahrens, andere richterliche, polizeiliche, sonstige administrative Verfügungen[65]) sind zwar ausserordentliche Vorgänge; jedoch auch ihnen gegenüber muss die Scripturobligation ihr wahres Wesen behaupten.

**III.** Die Scripturobligationen unterliegen materiell und prozessualisch den nicht zu specialisirenden, ja nicht einmal ausnahmslosen Grundsätzen der Einfachheit, Schleunigkeit, Strenge.

**IV.** Abgesehen von dem angeführten Charakteristikum, dessen Consequenzen (Antithesen) und Begleiterscheinungen, unterliegen die Scripturobligationen überhaupt den allgemeinen Sätzen des Rechts, weiter des Privatrechts, insbesondere des Obligationenrechts,[66]) soweit nicht im einzelnen besonders gilt nach positivem Gesetz und effektiver Gewohnheit.[67])

## § 3.
# Der Formalismus.

Ein wesentliches Moment des von uns sog. Formalismus der Scriptur-Obligationen bildet die Urkunde; der Brief; das Papier; das Schriftstück; an sie schliesst sich der Formalismus an; von ihr ist daher auszugehen. Sowohl wenn wir den Gebräuchlichkeiten des täglichen Lebens nachgehen, als auch wenn wir rationell denken, nicht minder, wenn wir die Ge-

---

[65]) S. u.

[66]) S. u.

[67]) Insbesondere ist hier als Spezialgesetz die Allgem. D. W. O. zu nennen.

Ueber andere indossable Papiere existirt ein ausgebreitetes Gewohnheitsrecht, so über die Policen an Order.

setzbücher, vom corpus iuris an bis auf die neueste Zeit durchsehen, wird sich herausstellen, dass schriftliche Aufzeichnungen über Rechtsvorgänge und Rechtsthatbestände den Beruf haben, den Inhalt derselben auch Andern gegenüber festzuhalten und zu beweisen. Dass die einzelnen Arten und Exemplare dieser Beurkundungen verschiedener Art ihrer jeweiligen Beschaffenheit nach bald mehr, bald weniger geeignet erscheinen, ihren Zweck zu erfüllen, hat zu Differenzirungen geführt und diejenigen Schriftstücke, die ganz besonders dazu bestimmt schienen, nannte man als eine besondere Klasse der Beweismittel Beweisdocumente, indem man sie zugleich vielfach auszeichnete. Damit war jedesmal aus rein thatsächlichen, den naheliegendsten Zwecksbetrachtungen entspringenden Verkehrsgebräuchen juristische Sätze geworden. Auch im römischen Recht galten solche Sätze, allein niemals — und das ist entscheidend — ist man hier so weit gegangen, dem geschriebenen Wort und seinem Träger auf Entstehen und Vergehen des Rechts einen bestimmenden Einfluss zu gönnen. Das Schriftstück, so wichtig es sein mochte, blieb immer Beweisdocument. Der entscheidende Schritt zu einer weiteren Auffassung blieb germanischem Rechtsleben vorbehalten.[68]) Es enstand im Gegensatz zur schlichten Beweisurkunde die sog. dispositive Urkunde.[69]) Nicht mehr der Inhalt des Geschriebenen wurde vom Rechte ergriffen; dieser konnte allerhöchstens einen unumstösslichen Beweis erbringen; es galt jetzt, das Schriftstück als solches zu verwerthen. Nicht der Buchstabe, wie er geschrieben stand, sondern das Papier, wie mit ihm manipulirt wurde; statt eines Zustands wurde eine Handlung juristisch bedeutsam. Was ein Rechtsgeschäft nur bezeugt hatte, wurde selbst Rechtsge-

[68]) Neuerdings hat Goldschmidt, wie erwähnt, Inhaber- u. Orderpapiere schon im römischen, mindestens im hellenischen Rechtsleben zu finden geglaubt. Jene gewiss im germanischen Recht erst zur vollen Ausbildung gelangte Idee hätte danach ihre Wurzeln schon in hellenistischer, ja in römischer Anschauung. Die Frage ist viel zu weit ausschauend, und verwickelt, als dass hier näher darauf eingegangen werden könnte.

[69]) Der Ausdruck stammt von Wetzel: System des Civilprozesses.

schäft. Das hatte allerdings die neue Urkunde mit dem alten Document gemein, dass sie juristisch erst nach der Anfertigung functionirte; nicht das Niederschreiben war die jetzt zu erfüllende Rechtshandlung, sondern das Uebergeben des geschriebenen Pergaments. Durch diese Uebergabe selbst wurden Rechtsänderungen hervorgerufen, insbes. Rechte begründet und beendet. Man nennt deshalb diejenigen Urkunden, die dazu dienen, constitutive, dispositive Urkunden oder, weil und soweit sie privatrechtlichen Werth haben, Werthpapiere. Von den Werthpapieren, die sich erhalten haben und heutzutage eine bedeutende Rolle spielen, interessiren uns hier vornehmlich die Scriptur-Obligationen.

Ehe dogmatisch weiter gegangen wird, soll die eben kurz angedeutete Anschauung eine historische Grundlage erhalten. Brunner's historische Untersuchungen[70]) sind es, auf denen hier gefusst wird, insbes. die mehrfachen Feststellungen der Unterschiede von carta und notitia. Die „carta," sagt Brunner (zur Rechtsgeschichte, S. 16 ff.), „dagegen (im Gegensatz zur notitia) hat eine zweifache Function. Sie ist einerseits Beweismittel, andererseits Perfektionsmittel des beurkundenden Rechtsgeschäfts. ..... Die carta ist im Gegensatz zur schlichten Beweisurkunde die dispositive Urkunde."

Ferner (S. 147): „Der Urkundungsakt wird als civilistischer Formalakt gestaltet" und (das französ. Inhaberpapier, S. 92): „Wie früher die Hingabe der carta durch den Schuldner den Schuldvertrag perfekt machte, so löste auch die Rückgabe der Urkunde von Seiten des Gläubigers als contrarius actus das Schuldverhältniss auf." [71])

Diesen Unterschied von carta und notitia hat, nach Brunner, die römisch kanonistische Theorie übersehen; wenn aber Br. (zur Rechtsgesch. S. 307) meint, die carta sei im Grund-

---

[70]) Brunner: Beiträge zur Gesch. d. Werthpapiere. Z. XXII, S. 1 ff und 505 ff (1887).

Ders. Das französ. Inhaberpapier des Mittelalters. Berlin 1879.

Ders. Zur Rechtsgeschichte der Urkunde. Bd. I. Berlin 1880.

[71]) Vergl. noch Rechtsgesch. S. 86 ff.; 307.

buchsystem durch die notitia verdrängt, die die Funktionen übernommen habe, und weiter: „Dagegen ist die carta seit der Reception der fremden Rechte zu einem blossen Beweismittel herabgedrückt worden," so dürfte dawider vielleicht auf das Institut der Skripturobligationen, als Ueberbleibsel der carta hingewiesen werden.[71a]) Freilich, ein sicherer Nachweis kann dafür nicht erbracht werden und lässt sich vielleicht infolge der Natur dieser Entwicklung überhaupt nicht erbringen, indem die Wissenschaft in Anlehnung an das römische Recht des corpus iuris andere Wege der Theorie beschritt, die Praxis des Lebens, sich begreiflicher Weise von dogmatisch-theoretischen wie historischen Gedanken fern haltend, das Praktische ergriff.

Die obige Annahme ist immerhin höchst wahrscheinlich. Wäre indess eine Brücke zwischen der alten carta und der neuen Scripturobligation nicht vorhanden, warum sollte es der germanische Rechtssinn nicht vermocht haben, denselben Rechtsgedanken in zwei Formen und zu verschiedenen Zeiten aus sich herauszusetzen? Jedenfalls, wie es uns scheint und zum Theil noch zum Beweise steht, erklären sich mit obiger Annahme alle wesentlichen Erscheinungen auf diesem merkwürdigen Gebiete in der einfachsten, natürlichsten, vor Allem harmonischsten Weise. Fiele daher die historische Stütze, so hätte die Theorie vor vielen anderen hierher gehörigen wenigstens einen dogmatischen und praktischen Vorzug, würde aber durch ihre historische Blösse — diese einmal angenommen — nicht gerade sehr von ihnen abstechen. —

Die dispositive Urkunde der Scripturobligationen, wie sie nun einmal existirt, ist nicht nur dies; sie verschmäht es vielmehr so wenig zugleich Beweisurkunde zu sein, dass sie praktisch aufhörte jenes zu sein, wenn nicht gerade durch dieses Sein die Beweisthätigkeit gefördert, erhöht, hervorgerufen würde. Das Recht hat die Functionen der Scriptur-

[71a]) Ein Zusammenhang, den Brunner selbst nicht ersichtlich oder mindestens seiner dogmatischen Anschauung zufolge — s. u. — nicht vollständig herstellt.

obligationen in diese Form gekleidet, nicht um ihnen einen Hemmschuh anzulegen, ein Zweck, worauf sich thatsächlich manche im Recht geltenden Formen zurückführen lassen; hier wäre damit den Interessenten schlecht gedient; nein: der Beweis des Abschlusses u. s. w. soll erleichtert, der erschlichene Beweis aber erschwert werden; damit wird indirekt die Sicherheit und Negoziabilität, die Schnelligkeit und Leichtigkeit der Circulation erhöht, und um diesen Preis lässt der Verkehr sich gerne verhältnissmässig geringe Unbequemlichkeiten gefallen. Uebrigens ist die Form so formlos, wie sie, um Form zu bleiben, nur eben sein kann. — Es tritt uns somit hier, wie öfters bei dem behandelten Institut, eine Verschiedenheit der massgebenden juristischen Structur und der damit verträglichen praktischen Absichten entgegen, und diese Differenz von Gedanke und Erscheinung hat nicht verfehlt, zur Verkennung des ersteren Anlass zu geben. Noch heute bezeichnet man vielfach die Urkunde der genannten Art ihrem Wesen nach als schlichte Documente, freilich meist ohne die vollen Consequenzen zu ziehen und mit erheblichen nur uneingestandenen Anleihen von der dispositiven Urkunde.

Bei einigen dieser heute fast gänzlich verblassten Aufstellungen zeigt sich die Unbekanntschaft mit der dispositiven Urkunde in der prägnanten Form, dass man ein zweites neben der Beweisurkunde für unausdenkbar erklärt. So sagt Ladenburg (Arch. f. W.-R. Bd. III, Nr. VIII, S. 153): „Darüber (dass diese Urkunden blosse Dokumente seien) kann wohl kein vernünftiger Zweifel obwalten.“ Auch die oben gekennzeichnete Verwechselung von thatsächlichem und juristischem Merkmal fällt ihm zur Last, wenn er schreibt (eod.): „In der That, was ist die rechtliche Bedeutung der Urkunden? Gewiss keine andere, als den Beweis eines Vorgangs, aus welchem Rechte oder Verbindlichkeiten hergeleitet werden, zu erstellen.“ [72])

[72]) Vergl. ferner Maurenbrecher, Duncker, Philipps, Hillebrandt, Eichhorn, Walter a. a. O., Hoffmann (Arch. f. W. R. V, N. X, S. 258 flg.): „Durch es (das Papier) beurkundetes Geldversprechen“; Savigny:

Dem gegenüber ist daran festzuhalten, dass die Urkunde in Folge der mit ihr vorzunehmenden Formalrechtshandlung wesentliches Moment der Veräusserung bildet, die, wirthschaftlich gesprochen, mit „der“ Scripturobligation vorgehen. Was sie alsdann leistet, das bestärkt Fähigkeit und Beruf der Documentirung. Sofern die Form überhaupt mitbegründet, darf man also auch von den Papieren bezw. ihren Functionen sagen, sie begründen Privatrechte und sie beendigen Privatrechte. Etwas anders lauten die Definitionen Brunner's:[72a]) „Der Begriff des Werthpapiers wird bestimmt durch die Function, welche das Papier bei der Uebertragung und Ausübung versieht.“ ..... „Das Merkmal des Werthpapiers liegt sonach in der civilrechtlichen Function, welche das Papier bei der Verwerthung des darin verbrieften Rechtes auszuüben hat.“ „Werthpapier ist eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwerthung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist;“ „Sie ist für die Entstehung des darin verbrieften Rechtes von privatrechtlicher Bedeutung“.[73]) Demgegenüber ist zunächst allein an denjenigen Sätzen festzuhalten, die von der Function der Urkunde sprechen, von ihrer thätigen Theilnahme an einem Akt. Nur bei diesen Hauptactionen offenbart die Urkunde ihre Dispositionsnatur; im Uebrigen ist diese Natur noch nicht geschaffen oder schon abgestorben, oder sie ruht; an ihrer Stelle wacht die Beweisnatur. Die dispositive Urkunde als solche ist immer und allein Handlungsfactor. Dass dabei ihre

---

Obligationenrecht, S. 117, 180: „wir müssen wahre Schuldscheine in ihnen erkennen“; Thöl (H. R. S. 674): „Die Papiere auf Inhaber sind Beweisurkunden. Foleville (a. a. O. S. 304 ff.): „évidemment le titre n'est pas le droit; il n'est que la constatation matérielle, la preuve écrite“. Die letztangeführten, von Hoffmann angefangen, machen mit ihren Aufstellungen nicht Ernst.

[72a]) S. o. Note [71a].

[73]) Insbes. Handbch., S. 147; — inhaltlich und der Hauptsache nach treffen gelegentlich das richtige schon: Gönner, Nebenius, Schumm, Bluntschli; ferner Gerber: Privatr., Lehmann, a. a. O. S. 20, für den Wechsel.

Innehabung vonnöthen ist, versteht sich so sehr von selbst, wie die Gegenwart der handelnden Personen. Die Innehabung (und ihre Surrogate, wie auch der Gegenwart der Personen ähnliche Zustände surrogieren [73a])) ist demnach viel eher natürliche, als privatrechtliche Bedingung.

Weiterhin gebraucht Brunner öfters die Ausdrücke „Verwerthung“ und „Ausübung des Rechts“, wobei die Urkunde privatrechtlich functionire. Davon scheint uns nun gerade das Gegentheil wahr zu sein. Dass die Urkunden bei der „Verwerthung des Rechts“ eine Rolle spielen, ist klar. Aber was für eine Rolle ist das, wenn nicht die „privatrechtliche“ d. h. eine dispositive? Die Antwort lautet: eine documentirende! Was documentirt sie denn? Sie documentirt selber den mit ihr vollzogenen Dispositivakt als das allerbeste und nächstliegende Beweisstück, wie das beste Beweismittel für die Möglichkeit der Lebensfunctionen eines Wesens sein Leben sein würde. Die Dispositivurkunde hat hauptsächlich Lebensvorgänge, um sie später durch ihr Dasein beweisen zu können, und ist das vorgezeigte Stück Papier wirklich eine Dispositivurkunde, was in der Regel leicht zu konstatiren ist, so ist der eigenthümlichen Natur des Formalismus zufolge der Dispositivakt ebenfalls bewiesen. Dieser endlich wird zugleich den stillschweigenden Willensausdruck des betreffenden Rechtsgeschäfts darstellen, und somit wäre der Kreislauf von Dispositiv- zur Documentirfunction umschrieben und zugleich — hoffentlich — der sinnreiche Mechanismus dieser Einrichtung blossgelegt. Nur muss betont werden, die Urkunde hat noch insbesondere die nicht rein „documentirende,“ noch viel weniger aber „disponirende“ Aufgabe als Voraussetzung des guten Glaubens bei Neubegründung des Rechts eine rein subjektive Rolle zu spielen, nicht etwa die objectiv-dispositive der „Uebertragung.“

Der soeben angedeutete Mechanismus der Urkunde dreht

---

[73a]) Welche Zustände dieses sind, darüber entscheidet auch hier allein die natürliche Auffassung des Lebens. Vergl. o. Note 28.

sich nur um die Entstehung bezw. Neuentstehung des Rechts und deren Beweis bezw. Glaubhaftmachung. Eine analoge Bedeutung zeigt die Urkunde bei der Endigung des Rechts, und hier dürfte ein letzter Mangel der Brunner'schen Begriffsbestimmung liegen. Die dispositiven Urkunden sind nicht nur „für die Entstehung des darin verbrieften Rechts, von privatrechtlicher Bedeutung", sondern auch ebenso für die Endigung. Um für die Richtigkeit dieser Behauptung den Beweis zu erbringen, muss etwas weiter ausgeholt werden und von der Endigungsart der Scripturobligationen überhaupt eingehender die Rede sein.

Betrachten wir die Sache in ihrem thatsächlichen Hergang. Der Schuldner hat dem Gläubiger, dem „wirklichen" Gläubiger — so liest man gerade in dieser Lehre so vielfach, als gäbe es einen nicht wirklichen! — 1000 Mark bezahlt — auf so viel lautete etwa der Wechsel — die Schiffsgüter ausgeliefert, den Theaterbesuch gestattet u. s. w., kurz: geleistet, wie, wo, wann, was materiell von ihm zu verlangen war. Man sollte denken, jener sei frei, die Forderung sei getilgt: und nichts im allgemeinen Civilrecht gibt einen Grund, an dieser Annahme zu zweifeln. Allein man setze nur den Fall, das betr. Papier sei in der Hand des Gläubigers zurückgeblieben, der Schuldner habe nämlich die Leistung ohne Empfang des Papieres gemacht, weil er genau wusste, der Fordernde habe das Papier in Händen und hoffte, er werde es ihm bald zustellen. Diese Hoffnung stelle sich einmal als eine trügerische heraus: Der Gläubiger schreibt, sei es in gewinnsüchtiger Absicht, sei es aus Unachtsamkeit ein neues Indossament auf den Wechsel, begibt das Inhaberpapier von neuem an einen gutgläubigen Erwerber, oder das Schriftstück wandert durch mehrere unredliche Hände endlich zu Händen eines Gutgläubigen; dieser fordert und — muss honorirt werden. Er ist also forderungsberechtigt, m. a. W. Gläubiger (angenommen, er fordere für sich, nicht in Vertretung eines Andern) mithin ist auch eine Scripturobligation noch vorhanden. Wie ist das zu erklären? Trat eine Lücke ein

in dem Verpflichtetsein des Schuldners?[74]) Und wenn dies der Fall ist, wie konnte eine neue Obligation entstehen, da doch der Vertragsnexus gelöst erschien und der Schuldner liberirt? Die Zweifel lösen sich sehr einfach: Was schien, war nicht der Fall; es gelten hier nicht die Sätze des allgem. Civilrechts; hier ist gezahlt, geleistet aber nicht erfüllt; der scheinbar ci-devant Gläubiger war es noch weiter bis zur Begebung durch ihn. Nur steht ihm, falls er noch einmal fordern wollte, die exeptio doli generalis bezw: specialis entgegen. Dass diese an sich seinem Nachmann gegenüber nicht begründet ist, wird nicht bestritten.

Ehe zur Erläuterung jener Abnormität: „Leistung" ohne Erfüllung, übergegangen wird, soll noch eine andere hierher gehörige auffällige Erscheinung erörtert werden.

Wie ist es nämlich, wenn das Papier in die Hand des Ausstellers bezw. Acceptanten u. s. w. zurückgelangt, nicht, wie im vorigen Falle, in Folge unfreiwilligen Verlustes seitens des vorherigen berechtigten Inhabers — denn dadurch allein verliert derselbe nicht sein Recht, sondern nur ein kostbares, wenn auch nicht unersetzliches (Amortisation!), Beweisstück — vielmehr soll es sich um einen Fall handeln in dem der Berechtigte mit dem Papier auch sein Recht aufgab, der Aussteller es mit dem Gläubigerwillen und in gutem Glauben erwarb.[75]) Er selbst kann natürlich nicht von sich fordern; derjenige aber, an den er weiter begiebt, fordert mit vollem Recht. — Eine Confusion hat also jedenfalls nicht stattgefunden. Ein neuer Nexus ist es auch nicht: Also wieder dieselbe offene Frage, wie im vorigen Fall. Dass eine Confusion nicht stattgefunden hat, entspricht für Wechsel dem geschriebenen Recht der W.-O. (vergl. Art. 10 u. $98^2$.)

---

[74]) Vergl. Bluntschli: D. Privatr. S. 325. Mühlenbruch: Ztschr. für Hann. Recht, IX, S. 376, mit seinem zaghaften „eigentlich": „lässt sich auch nicht sagen, dass die Forderung eigentich getilgt sei."

[75]) Die Inkorporationstheorien haben hier leichtes Spiel. So z. B. Bekker a. a. O. S. 290: „Die Forderung geht also auch nicht unter dadurch, dass sie in die Hände der Aussteller zurückkehrt."

Wie erklärt sich zunächst dieses Nichteintreten einer Confusion? Das Wesen der Confusion besteht nach der richtigen Ansicht nicht darin, dass die Forderung untergeht, weil sie nicht übergehen kann, sondern darin, dass sie in Folge des Uebergangs untergeht, weil sie nicht wirken kann.[76]) Diese ratio trifft jedoch für unsere Obligationen garnicht zu. Der Inhalt der Schuldnerverpflichtung kann, wie er besteht, sehr wohl noch wirksam werden, wenn nämlich ein Anderer als der Schuldner selber Gläubiger wird, ja es ist im Allgemeinen ihr wirthschaftlicher Beruf.[77]) Uebrigens ist hier im strengen Sinne der Schuldner sein eigener Gläubiger (vergl. W.-O. Art. 10), nur steht, wie jenem bezahlten Gläubiger, die exceptio doli, so ihm gewissermassen die Macht der natürlichen Verhältnisse entgegen; m. a. W., er kann aus logischen Gründen sein nominelles Recht nicht ausüben. Hier liegt ein Fall vor, dass sich das Recht aus praktischen Rücksichten über gewisse logische Bedenken (Recht gegen sich selbst!) hinwegsetzt.

Eine starke Stütze findet unsere Auffassung in den Motiven zum § 11 des preussischen Entwurfs einer W.-O. Der § 11 (der § 10 der A. D. W. O.) wurde von der Leipziger Wechselconferenz ohne Debatte angenommen und somit stillschweigend den Motiven beigestimmt. Die Motive sagen wörtlich: „Dies ist weniger geschehen, um die nicht wohl zu bezweifelnde Zulässigkeit des Indossaments an diese Personen anzuerkennen, als vielmehr um festzustellen, dass die von ihnen ausgestellten Indossamente volle Wirkung haben.“ Ferner: „der Bezogene, welcher acceptirt hat, kann sich nicht füglich als Indossatar bei sich selbst protestiren lassen, weil es gerade er ist, welcher am Verfalltage zahlen muss und darum Rechte und Verbindlichkeiten durch Confusion aufgehoben werden!“ Will man diese beiden Stellen in Einklang bringen, so muss man, wozu ihr Wortlaut und der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden und gleich Folgenden berechtigt, annehmen, die zweite

[76]) Vergl. Windscheid: Pandecten II, § 352, No. 5.

[77]) Vergl. o.

Stelle habe nur von dem verfallenen Wechsel sprechen wollen und besage nicht: weil der Acceptant nicht protestiren lassen könne, erlösche jede Beziehung auf ihn, vielmehr: nur dann trete dies ein, wenn nur Er protestiren lassen müsste, d. i. nach Verfall ohne Weiterbegebung. So heisst es denn auch weiter: „Nach den Aeusserungen der Sachverständigen[78]) legt dagegen die Handelswelt den Giro's des Acceptanten volle Wirkung bei und ihre Ansicht ist diejenige, welche hier, wie in der Regel, der Natur und dem Bedürfnisse des Wechselrechts entspricht.“ Aus der Vergleichung dieser Stelle geht, wie auch oben aufgestellt, hervor, das praktische Bedürfnis des Verkehrs sei den Mottivverfassern bezw. der Conferenz Veranlassung und Zweck gewesen, zugleich aber die notwendige Grenze. Einen besonderen Ausdruck erhält dies letzte noch in folgenden Ausführungen der Motive: „Die Confusion aber, diese civilrechtliche Aufhebungsart, kann man vor Verfall selbst dann, wenn sie nach der Strenge des Civilrechts behauptet werden könnte, nach der Eigentümlichkeit des Wechsels nicht zulassen. Der Wechsel soll bis zur Verfallzeit umlaufen; das Recht des Inhabers gegen die Garanten ist ein unmittelbares von dem besonderen Verhältnisse eines Vorbesitzers unabhängiges; es muss desshalb ganz gleichgültig sein, durch wessen Hände inmittelst der Wechsel gegangen.“

Hier entgehen allerdings die Motive der Gefahr, die Mittel über den Zwecken zu vergessen, nicht ganz glücklich („die Sicherheit des Verkehrs würde auch zu sehr leiden“ u. s. w.) Dass aber der Entwurf kein neues, also auch kein spezielles Recht schaffen wollte, zeigt der Schlusssatz: „Dieser bestrittene Punkt nun ist es vorzugsweise, welcher durch den Schlusssatz des § 11 zu erledigen für zweckmässig erachtet wurde.“

Also durch Zusammentreffen von Forderung und Schuld in derselben Person keine Confusion, durch Leistung keine Erfüllung bzw. Befreiung. Man könnte das Entsprechende

[78]) Im Gegensatz zu den Ausführungen sogen. unpraktischer Theoretiker.

von allen übrigen allgemeinen civilrechtlichen Endigungsgründen von Obligationen nachweisen.

Auf der anderen Seite steht eine vom Standpunkte der allgemeinen Regel fast noch befremdlichere Erscheinung, die jedoch nachher auf denselben Urgrund zurückgeführt werden soll. Es steht nämlich gesetzlich und gewohnheitsrechtlich zweifellos fest, dass der Schuldner mindestens im Allgemeinen durch Zahlung an den legitimirten Inhaber des Papiers befreit wird. Soviel ich sehe, ist eine juristische Begründung dieser immerhin auffallenden Erscheinung kaum anders als mit einem Schlagwort versucht worden. Einer besonderen Erklärung bedürfen übrigens garnicht alle diejenigen, die den Legitimirten zum Gläubiger erhöhen; bei dieser Anschauung verliert die Thatsache natürlich ihren auffälligen Charakter.[79]) Eine kurze Uebersicht der wenigen Motivirungen, soweit sie in der bezeichneten Weise vorliegen, soll erfolgen.

Was Unger[80]) bringt, ist doch keine ernstliche technische Begründung: „Der Schuldner wird gleichsam zum Lohne dafür, dass er ein Order- oder Inhaberpapier ausgestellt hat um ihn nicht durch seine Einwilligung in die künftigen Uebertragungen der Forderungen in Nachtheil gerathen zu lassen . . . . . liberirt.“ Auch die Brunner'sche publica fides, an die Unger's Formulirung in etwas erinnert, gibt kaum eine Erklärung, indem sie eher gewisse Erscheinungen unter einem Namen zusammenfasst, als sie erklärt.

Stobbe[81]) scheint die Liberation auf den Willen der Parteien zurückzuführen: „Und wer das Inhaberpapier nimmt muss auch die Consequenz tragen, dass der Schuldner durch Leistung an den blossen Inhaber frei wird.“ Entweder sagt diese Aufstellung zur Begründung nichts, oder, was wahrscheinlich, sie betont den im Nehmen liegenden Willens-

---

[79]) Besonders charakteristisch Gönner, a. a. O. S. 241: es „kann und muss die Liberation einzig auf dem Grund beruhen, weil hier der Inhaber der Urkunde auch für den wahren Gläubiger zu erachten ist.“

[80]) Unger: a. a. O. S. 132.

[81]) Stobbe: Handbch. S. 204.

ausdruck und weist ihm die Entscheidung zu. Allein es ist kaum anzunehmen, dass der Gläubiger Verlust erleiden will; will er es aber in einem gegebenen Fall erweisslich nicht, so hindert das dennoch nicht den Eintritt des Verlustes.

Eine Analogie giebt Bluntschli:[82]) „Die redliche Zahlung an den unredlichen Besitzer zerstört in Verbindung mit der Rückgabe die Gläubigerschaft und das Eigenthum des bestohlenen Gläubigers ebenso, wie im Verkehr mit Inhaberpapieren der redliche Besitzerwerb das Recht dessen zerstört, der seinen Besitz freiwillig verloren hat.“ Die Analogie giebt zu denken und enthält entschieden richtige Gesichtspunkte, allein sie ist nicht schlagend. Der bisherige Eigenthümer verliert das Eigenthum einfach desshalb, weil es ein Andrer kraft gesetzlicher Vorschrift gewinnt und: duorum in solidum proprietas esse non potest. Dazu, des Forderungsrechts Untergang direkt auf eine solche gesetzliche Vorschrift zurückzuführen, liegt kein derartiger Grund vor; überhaupt muss man im Gebiet der Obligationen weit vorsichtiger sein in der Annahme von ius publicum s. absolutum, als im Sachenrecht.

Geradezu irrig ist Thöl's[83]) Wendung: „Der Schuldner, welcher dem Besitzer zahlt, überhaupt erfüllt, wird daher liberirt, wenngleich dieser nicht der wahre Gläubiger ist.“ Aber eben deshalb ist diese Zahluug u. s. w. keine „wahre“ Erfüllung. —

Unrichtig könnte man auch Jolly's[84]) Formulirung heissen:

---

[82]) Bluntschli: Privatr. S. 325.

[83]) Thöl: H. R. I.

[84]) Jolly: Arch. f W. R. II, N. VII, § 163: Wenn J. die „indirekte Liberation“ darauf zurückführt, dass der Gläubiger „regelmässig die Bedingungen der Zahlungsforderung: die Vorzeigung und Auslieferung des Wechsels, nicht zu erfüllen im Stande ist“, so beweist das, abgesehen davon, dass es überhaupt nur das regelmässige sein soll, weder direkte noch indirekte Liberation, sondern nur (eventuell) thatsächliche Unmöglichkeit der Ausübung der Forderung gegen den noch gebundenen Schuldner. Wäre dies übrigens der Grund, so wäre kaum einzusehen, weshalb das Gesetz, wie es doch zum Theil gethan hat, ausdrücklich Liberation noch einmal statuirt.

„Er wird, selbst wenn er an den Unberechtigten zahlt, wenigstens indirekt liberirt;“ er wird doch wohl direkt liberirt.

Die Motive zum preussischen Entwurf einer W.-O.[85]) bringen nur eine legislativ, politische, keine dogmatische Begründung.

Aehnlich wie Stobbe, aber völlig unmissverständlich geht Savigny[86]) zu Werke: „Indem sich Jeder, der solche Geschäfte eingeht, dieser Gefahr frei unterwirft.“ —

Die meisten der übrigen Schriftsteller begnügen sich, indem sie ihre Aufmerksamkeit auf andere Punkte lenken, mit einem einfachen Hinweis auf die übrigens unbestrittene Thatsache der Liberation unter den angedeuteten Voraussetzungen. Das soll uns nicht abhalten, eine Begründung zu versuchen, um so mehr, da sie die oben in Bezug auf Erfüllung aufgeworfenen Fragen der Lösung näher zu bringen verspricht.

Die hier fragliche Liberation ist nicht etwa nur indirekte, mittelbare Befreiung in dem Sinne, dass dem noch vorhandenen Gläubiger nur eine Einrede entgegengesetzt werden könnte. Z. B. die exceptio doli; vielmehr ist die Befreiung eine direkte und absolute. Es besteht keine Forderung mehr, kein Gläubiger ist mehr vorhanden, kein Schuldner mehr sichtbar. Eine derartige Wirkung spricht das allgem. Civilrecht in erster Linie der Erfüllung zu.[87]) Allein von Erfüllung kann man nur da mit Recht reden, wo der Gläubiger[88]) was er zu fordern hat, in richtiger Weise erhalten hat. An die übrigen civilrechtlich gangbaren Endigungsgründe ist wohl noch weniger zu denken. Ist dies so, so geht daraus mit Evidenz hervor, dass eine eigenthümliche Erlöschungsart für Papierforderungen besteht, und man wird nicht fehlgehen, wenn man dieselben in dem besonderen Wesen dieser merkwürdigen Forderungen sucht. Dieses Wesen ist der Formalis-

---

[85]) Motive: S. 56 flg.

[86]) Savigny: Obligationenrecht. II. S. 136.

[87]) Vgl. Windscheid: Pand. II. § 342.

[88]) In eigner oder in einer andern Person.

mus, und, um es mit einem Worte zu sagen: Auch der Untergang der Forderung erfolgt durch Formalakt, d. i. Rechtsgeschäft mit dem animus delendæ obligationis in der Form der Papierübergabe oder deren Surrogate,[89]) mag nun materiell Zahlung an den Befugten (Leistung) vorliegen oder nicht. Wie die obligatio (als Akt der Eingehung) ist auch die solutio (ebenfalls als Akt betrachtet) eine formale, ähnlich wie die altrömischen formalen Forderungen auch einer formalen Lösung, und zwar einer entsprechenden, bedurften.[90]) Damit ist also zugleich die Antwort geliefert auf die oben gestellten noch offenen Fragen: Wie ist es bei Zahlung (Leistung), Confusion u. s. w. mit der Endigung? Die Antwort ist keine andere, wie die auf die Frage der Liberation: Immer Formalakt, und Formalakt allein beendigt die Scripturobligation.[91]) Der Untergang oder Verlust der Schrift ohne den Willen des Betheiligten ist kein Formalakt, also unerheblich; nur kann die Forderung ohne das Papier nicht ohne Weiteres geltend gemacht werden. Auch das kann man, wie unten gezeigt werden soll, nicht einwenden, dass der Formalakt mit doloser Absicht nicht befreie; denn er befreit wirklich von der Obligation, nur begründet der Dolus eine Ersatzpflicht.

---

[89]) Z. B. Zerstörung, Unkenntlichmachung, Erlöschungsvermerk u. s. w. Darf man so weit gehen, auch Behaltenlassen zum Zerstören dahin zu rechnen? Im Zweifel dürfte damit nur Suspension oder Resolution (nach neuer Circulation) verbunden sein. Vgl. o. Note [73a].

[90]) Was allerdings nicht unbestritten ist.

[91]) Der richtigen Ansicht nähern sich gelegentlich: Bluntschli: Privatr. S. 325; Mühlenbruch: Zeitschr. f. Hann. Recht. Bd. IX, S. 376 ff.: „Ganz anders verhält es sich, wenn die Schuldurkunde dem Schuldner zurückgestellt wird. Mit diesem Augenblick hört alle durch dieselbe begründete Verbindlichkeit auf.“ Volkmar & Loewy: Commentar zur D. W. O., § 101, gehen von der richtigen Voraussetzung aus, dass die solutio beim Wechsel nicht das Haupttilgungsmittel der Obligation sei; kommen aber dann zu der verkehrten Consequenz, der Schuldner habe überhaupt keine Pflicht zu erfüllen, sondern nur die, das Papier zu erwerben. Das ist unrichtig und entbehrt jeder Grundlage.

Grundsätzlich andrer Meinung sind alle Anhänger der Inkorporationstheorien jeder Schattierung.

Wir glauben also jetzt, um ganz kurz zusammenzufassen, bewiesen zu haben, dass die Scriptururkunde dispositive Urkunde ist, aber auch zu Beweiszwecken dient; die dispositive Natur zeigt sich im Formalismus der Scripturobligationen; derselbe tritt hervor in dem Begründungs- (Neubegründungs)- und Endigungsakt der Obligation und ist für diese wesentlich.[92])

Eine Folge oder wenn man will, eine andere Seite der hier vertretenen Ansicht, ist die Thatsache, dass das Schriftstück erst Bedeutung, Werth und rechtlichen Inhalt erhält, wenn es begeben ist. Vorher ist es ein Stück Papier, zu dispositiven Zwecken vielleicht berufen und bestimmt, aber zu ihrer Erfüllung noch nicht fortgeschritten. Andererseits hat das Papier nach seinem letzten formalen Endigungsakt keinen formalen Werth mehr, vielmehr Bedeutung, Werth und Inhalt verloren. Beide Consequenzen hat naturgemäss die sog. Kreationstheorie nicht anerkannt, ja die umgekehrte Anschauung ist ihr praktisch wichtig genug, den erkennbaren Hauptstützpunkt ihrer Grundgedanken zu bilden.[93]) Kuntze giebt nur eine exceptio doli gegen den unredlichen Erwerber; der redliche Erwerber wird ihm Gläubiger. Für die Wiederlegung

---

[92]) Ist das behauptete Charakteristikum ein nothwendig, ausnahmslos sich bethätigendes, so ist das anders mit seiner Begleiterscheinung, ein weiteres Moment gegen deren Wesenheit. Dennoch setzen sich die Verfechter der letzteren darüber hinweg. So sagt Kuntze (Inhaberpapiere. S. 296): „Nichts destoweniger sind Ausnahmen denkbar.“ Dagegen ist zu bemerken, dass ein Prinzip durchbrochen werden kann, eine Regel Ausnahmen zulässt, ein wesentliches Merkmal aber, so wahr es wesentlich ist, immer vorhanden ist.

[93]) Die Vertheidigung dieser Gedanken bildet eine der Hauptaufgaben des Kuntze'schen Buches über die Inhaberpapiere, und ihr Autor und Hauptverfechter hat seitdem nicht aufgehört, für sie einzutreten; so neuerdings wieder in einem für den XII. deutschen Juristentag ausgearbeiteten Gutachten, Verhandlungen u. s. w., S. 138 ff.; vgl. dagegen: stenographischer Bericht S. 227—237 (enthaltend den Vortrag von Brunner). Derselben Ansicht: Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund, Berlin 1873, S. 110 ff., 127 ff. Stobbe: III, § 171, N. IV (aus ähnlichen Gesichtspunkten). Windscheid: Pand. II, § 304, Note 11 und 12 (zweifelhaft). Dernburg: II, S. 27 u. A. m. Auch das vielbesprochene Urth. des R. O. G. H. (XVII, S. 150, 152—155 vom

dieser Ansicht darf die Nr. 93 citirten verwiesen werden. Ob sich nicht gewisse von Kuntze angeführte Härten auch ohne die K.'schen Aushülfemittel, vielmehr gerade vom Vertragsstandpunkte beseitigen liessen? Z. B. für den Fall, dass der Aussteller das Papier leichtsinnig (ioci s. demonstrandi causa) oder böswillig in fremde Hände gelangen lasst, liesse sich bei letzterer Eventualität die actio doli, bei beiden aber vielleicht der Gesichtspunkt des Jhering'schen negativen Vertragsinteresses verwerthen. Der gutgläubige Erwerber des noch oder wieder werthlosen Papieres sieht in dem Erwerb den Abschluss des Scripturvertrags; ein Vertrag kommt nicht zu Stande und zwar durch Verschulden — in den meisten Fällen — des vermeintlichen Gegencontrahenten (Schuldners); er muss die Täuschung jener berechtigten Erwartung gegen sich gelten lassen und den Schaden ersetzen, ev. vorbehaltlich Regresses an den bösgläubigen bezw. culposen Weiterbegeber. Dieser Annahme steht wohl nichts wesentliches entgegen; ja die Idee lässt sich vielleicht unschwer aus dem sonst nicht mustergiltigen Urtheil des R.O.H.G. vom 27. III. 75 herauslesen; hier heisst es nämlich folgendermassen: „Der Aussteller von noch nicht emittirten Papieren haftet. Denn Er ist es, welcher durch den Akt die Gefahr hervorruft." Nur bringt der Akt nicht in jedem Fall eine Ver-

27. II. 75 sagt, beinahe mit einer petitio principii: „Der Aussteller von noch nicht emittirten Papieren haftet, weil ..... er diese Gefahr auch übernimmt, indem er eine dem Inhaber, also jedem Präsentanten, gegenüber zu erfüllende Verpflichtung eingeht." Leider droht die Kreationstheorie durch ihre Aufnahme in den Entwurf e. D. b. G. B. die Grundlage des künftigen Rechts zu werden.

Die Emissions- und Dereliktionstheorien sind im Prinzip nur Spielarten der Kreationstheorie mit einer Neigung zur Vertragstheorie, was Gierke, Z. Bd. XXIX, S. 258 wohl ohne innere Berechtigung veranlasst, sie zu den Vertragstheorien zu zählen. So sagt der Hauptvertreter der Emissionstheorie (Stobbe) im Handbch., § 171, IV, ausdrücklich: „Seine Verbindlichkeit beruht nicht auf Vertrag". Gegen die Kreationstheorie haben sich zuletzt erklärt: Förster-Eccius, Lehrb. Bd. I. (5. Aufl. 1887, S. 373 ff.) und besonders nachdrücklich Goldschmidt, Z. XXXIV, No. VI.

antwortlichkeit herbei, und eine Erfüllungspflicht, wie das Gericht noch aus einigen anderen Gründen herleitet, niemals.

Auf eine der Kreationstheorie sehr nahe kommende, aber doch nicht mit ihr identische Ansicht — denn es hängen ihr Viele an, die der Kreationstheorie ferne stehen — muss noch mit einigen Worten eingegangen werden. Viele sehen nämlich ebenfalls in der Form das Wesen der Scipturobligationen, verstehen jedoch insbesondere unter der Form die Schriftlichkeit.[94]) Man hat sich bei dieser unrichtigen Auffassung umsomehr beruhigt, als man in den römischen Litteralcontracten ein gern gesehenes Vorbild gefunden zu haben glaubte. Zur Veranschaulichung der Unrichtigkeit dieser und wiederum der Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht, sei es, wenigstens für einen Augenblick, gestattet, das Geschriebene und das Schriftstück in Gedanken zu trennen. Das Geschriebene hat Inhalt, Sinn und Bedeutung als Willenserklärung; schon als niedergeschrieben könnte diese Willenserklärung sehr wohl eine Form bilden und Bedeutung erlangen, wie es in tausend Anwendungen wirklich der Fall ist. Bei den Werthpapieren ist das Niederschreiben nicht mehr, als das Aussprechen oder Denken. Ob ich „den Wechsel" an den Rand eines Collegienheftes schreibe, oder ob ihn der Banquier in seinem Geschäftslokal auf ein Formular schreibt, er, um ihn zu begeben, ich, um mich zu üben, bedeutet in beiden Fällen so wenig eine Form im Rechtssinn, als der Gedanke eine Erklärung. Eine gleiche untergeordnet dispositive Rolle spielt das

[94]) Als besonders prägnant seien angeführt: Bluntschli (Einleitung zur Allg. D. W. O.); er bezeichnet den Wechselcontract als Formalcontract, „dessen Begründung . . . . . lediglich auf der schriftlichen Form beruht."

Kuntze: Wechselrecht, S. 50: »Die Solennität des Aktes besteht in der Anfertigung und Unterzeichnung des Wechselbriefs."

Ferner: Mit der Ausfertigung, Conception, Niederschrift, Abfassung des Wechselbriefs ist Alles geschehen, was auf Seiten des Ausstellers zur Begründung der Wechselverbindlichkeit erforderlich ist. (Ib. S. 51.) Rein sprachlich erläuternd sind die Bemerkungen Bähr's: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, S. 27 u. 29 zu nehmen.

Geschriebene bei den anderen Veränderungsvorgängen der Scriptur-Obligationen.

Das zweite Bruchstück der eben vollzogenen künstlichen gedanklichen Scheidung ist das Schriftstück, bestehend aus einem Stück Papier oder sonstigem zur Aufnahme von Schriftzeichen geeigneten Material, mitsammt diesen Schriftzeichen. Erst dies wird bedeutsam für die postulirte Form und zwar besteht sie, wie schon ausgeführt, in der körperlichen Uebergabe jenes (kurz so genannten) Schriftstückes. Daher der Name Begebungsvertrag, eine oft gebrauchte, aber allermeist nicht scharf genug aufgefasste und nicht weit genug — nemlich auch auf Neubegründung und Endigung — ausgedehnte Bezeichnung. Wo sie zutrifft wird das Schriftstück, und nur es, constitutiv bedeutend, sonst nicht. Soll jedoch diese Form — und hier knüpfen wir noch einmal an jene gedankliche Scheidung an und versuchen zugleich sie praktisch zu überbrücken — Sinn und Zweck haben, so muss sie in irgend eine Verbindung auch zu dem speziellen Inhalt des durch sie vorzunehmenden Rechtsaktes gesetzt werden. Die Form ist das Gewand, das den Körper umschliesst; je inniger die Anpassung, desto passender die Form. Dies wird hier in der einfachen und naheliegenden Weise erreicht — was juristisch durchaus nicht selbstverständlich — dass die Schrift (das Geschriebene) des Schriftstücks den Inhalt des Rechtsgeschäfts bildet oder wenigstens hauptsächlich bestimmt,[95]) dagegen andere mündlich oder schriftlich abgegebene Erklärungen im Allgemeinen keine scripturobligirende Wirkung haben. In diesem Sinn darf man also sagen, die Scripturobligation bedürfe der schriftlichen Form und dies hat ihr den zu so vielen Missverständnissen veranlassenden Namen gegeben. Allein hierin liegt nichts für die Werthpapiere primär Wesentliches, sondern nur eine praktische Consequenz aus dem wirklichen Charakteristikum der Uebergabe des Schriftstücks. Dieser segensreiche Formalismus sänke zum leeren Formel-

[95]) Vgl. Goldschmidt, Z. XXVIII, S. 75.

kram herab, wäre daneben eine mündliche oder unabhängige schriftliche Abmachung der Parteien unbeschränkt scripturmässig verbindlich. Dass bei dem wirklichen Zustand der Dinge der Inhalt des Geschriebenen bei dem Beweis eine Hauptrolle spielt, ist juristisch nichts Besonderes, logisch, rationell, wirthschaftlich die Hauptsache, legislativ der Zweck.

Wenn man schon im Anfang der um den Wechsel neu anhebenden wissenschaftlichen Arbeit die Wechselverbindlichkeit eine formelle Obligation, den Wechselvertrag einen Formalcontract genannt hat,[96]) so hat man damit doch kaum je die hier versuchte Bedeutung verbunden; statt dessen sind andere sehr verschiedenartige Gedanken daran geknüpft oder vielmehr daran zu knüpfen; denn die Erläuterung des so vieldeutigen Ausdrucks bleibt nicht selten dem Leser überlassen. Bald begreift man unter jenen Bezeichnungen das Postulat der Schriftlichkeit, bald das Erforderniss gewisser Worte oder Daten im Wechselbrief; dann wieder die Abstraktheit; ferner die Knappheit und Schneidigkeit des Verfahrens, der Execution, die Beschränkung der Beweismittel u. s. f. Thöl, wohl der Erste, der diese Vieldeutigkeit aufgriff, hat eine endlose Reihe von Bedeutungen herausgerechnet und doch wohl noch nicht alle möglichen und versuchten, wenn man bedenkt, dass Ein Wort häufig mehrere der zu scheidenden Bedeutungen in mannigfachen Variationen enthält.

Einen hochbedeutenden Schritt vorwärts von diesen unbestimmten und oft unbestimmbaren Benennungen bedeutet es, wenn man vom „Begebungsvertrag“ spricht;[97]) allein so ganz und voll ernst nimmt man es auch damit nicht. Nicht nur

---

[96]) Vgl. Liebe: Einleitung etc. XXIII—XXVII. Bluntschli: Erläuterungen u. s. w., S. 3—9. Renaud: Lehrbuch, § 9. Gerber: System, § 209. Gengler: Lehrbuch, S. 609 ff. Hillebrand: Lehrbuch, § 126. Walter: System, § 331. Bähr: Die Anerkennung etc., § 68. Thöl: Handelsr. II. Unger: Natur, S. 85 u. 106 ff.

[97]) Vgl. Thöl: Handelsr. Bd. II, S. 17 u. 18. Goldschmidt: Z. Bd. III, S. 345; Bd. XXVIII, S. 84 ff. Gierke: Z. Bd. XXIX. Bluntschli: W. O. S. 3 ff. Renaud: Lehrb. S. 134 ff. Gerber: System, S. 209.

bezieht man diese Vertragsart vielfach ausschliesslich auf das Wechselgeschäft, sie wird auch allermeist nur zwischen Aussteller und erstem Nehmer (Remittenten) und wohl nirgends zugleich für die Endigung ins Auge gefasst; nicht selten tritt das Formale des Aktes zurück hinter den allein darin erblickten Willensausdruck oder das rein thatsächliche Zweckmoment[98]) oder die Erklärung einer einzelnen Erscheinung, wie der Nichtberechtigung des Finders.[99]) Der Begebungsvertrag wird vielfach mit der Savigny-Goldschmidt'schen sog. Eigenthumstheorie verbunden, im Anschluss an die oben erwähnte Auffassung, dass Jener nur zwischen Aussteller und erstem Nehmer auftrete; wird der Gedanke jedoch streng durchgeführt, so bedeutet er das Gegenteil der genannten Theorie. Wer auf Grund eines Vertrages Gläubiger wird, wird es eben nicht auf Grund[100]) eines dinglichen Rechts. Die auffallende Zwiefältigkeit der entgegengesetzten Meinung erklärt sich vielleicht daraus, dass man in der unfruchtbaren Scheidung zwischen der Obligation und den einzelnen Berechtigungen bezw. Verpflichtungen, jene durch den Begebungsvertrag entstehen liess, diese an das Eigenthum knüpfte. Die Begebung kommt jedoch auch beim sog. Neuerwerb der Forderung als Form und zwar als Vertragsperfectionsform in Betracht; nur ist der Vertrag bis auf die letzte Perfection durch Rechtsgeschäft des ersten Gebers und ersten Nehmers schon fertig. Die Perfection vollzieht sich erst später durch den unerlässlichen Formalismus; sie wird bewirkt zwischen Nehmer (jetzt Geber) und jetzigem Nehmer. Damit fällt die Inkonzinnität, die sich dann einstellt, wenn man die Erstforderung an den Begebungsvertrag,

---

Gengler: Deutsch. Privatr. § 124. G. Binding: Z. X. S. 411 ff. Sohm: Z. XVII, S. 72 ff. Gareis: Z. XXI, S. 356 ff. Gierke: Z. Bd. XXIV, S. 257 ff. Brunner: Hdbch. Bd. II, § 194.

[98]) So sagt Thöl a. a. O.: „Der Wechselgläubiger muss den Wechsel haben, um aus demselben berechtigt zu sein."

[99]) Bei Nachmännern soll dann die bona fides über Alles hinweghelfen.

[100]) Das schliesst nicht aus, dass es auch dingliche Verträge giebt, ohne dass dies jedoch die oben aufgestellte Ansicht modificirt.

die späteren selbstständigen Forderungen an irgend etwas Anderes anknüpft.

In dieser Hinsicht darf vielleicht auf eine Entscheidung des obersten deutschen Gerichtshofes aufmerksam gemacht werden. In seinem Urtheil vom 27. IX. 81 (E. R. G. V, No. 20) führt das Reichsgericht aus: „Zum Uebergang des Wechselanspruchs auf eine dritte Person ist die blosse Erlangung des Besitzes des mit entsprechenden Indossament versehenen Wechsels nicht ausreichend;“ nun fährt das Gericht nicht etwa fort: „Dazu bedarf es des Eigenthumsüberganges,“ wie es doch, vorausgesetzt dies wäre seine Ansicht, gerade hier sich aufdrängte, vielmehr: „es ist hierzu vielmehr ein durch Indossament bethätigter Wechselvertrag erforderlich.“ Ist nun auch nach unserer Ansicht nicht durch Indossirung, sondern durch Ueberreichung u. s. w. des indossirten Papiers der Wechselvertrag „bethätigt“ (besser: formalisirt) und ist „der Wechselvertrag“ auch nur die Perfection eines solchen, so trifft doch der oberstgerichtliche Ausspruch einen wesentlichen Punkt, nicht zum Mindesten durch das, was er nicht ausspricht: ein beredtes Schweigen!

## § 4.

# Wer ist Gläubiger?

Hoffentlich hat sich aus dem Vorhergehenden theils unmittelbar, theils mittelbar durch die Zurückweisung des Unrichtigen, die richtige Ansicht von Existenz und Beschaffenheit des Formalismus einleuchtend dargestellt. Nunmehr sind die Scripturforderungen auf ihre materielle Seite hin zu prüfen, wobei der hier vertretenen wesentlich vereinfachenden Anschauung zufolge den Hauptraum die Polemik einnehmen muss. Soweit hier Verweise genügen, sollen sie, wie überall, die Ausführungen ersetzen. In einigen Stücken wird sogar

die obige Skizze ausreichen dürfen. Die Nothwendigkeit, ja Zugehörigkeit auch dieser Frage zum Thema wird man erst am Schluss, dann aber auch vermutlich gewiss, erkennen.

Zunächst ist zu einer weit verbreiteten im Einzelnen wieder variirten Theorie, die jedenfalls an Einfachheit nichts zu wünschen übrig lässt, Stellung zu nehmen. Eine grosse Anzahl von Schriftstellern will nämlich in dem Inhaber oder dem Besitzer, oder dem Präsentanten oder dem Legitimirten den Gläubiger sehen.[101]) [102])

---

[101]) Vgl. Kind: quaest. forens. ed. II. 1787 Bd. III, cap. 48. — Glück: Erläuterungen der Pand. Bd. XVI, § 1022, S. 440 ff. — G. Ph. Bülow: Abhandlungen, 1817, 1819. Th. I. S. 342. — Gönner: Von Staatsschulden u. s. w. 1826. S. 187 u. 192. — Nebenius: Der öffentl. Credit, 1826. — Schumm: Die Amortisation verlorener Schuldurkunden, 1830. — Maurenbrecher: Lehrb. d. gem. deutschen Rechts. Abt II. 1834. § 323—326. — Duncker: Zeitschr. für deutsch. R. Bd. V. 1841. — Mittermaier: Grundsätze des gem. Deutsch. Privatr. Bd. II. 1843. 6. Aufl. — Bluntschli: Deutsches Privatr. 2. Aufl. 1860. S. 323. — Gerber: System. — Stobbe: Hdbch. 1886. Bd. III. § 171, IV, insbes. S. 203 ff. — Förster — Eccius: Theorie u. Praxis. 1887. S. 374.

Vergl. ferner die Schriften der Anhänger der Pendenztheorie.

Endlich sei angeführt:

Motive zum Entw. eines D. B. G. B. Bd. II, S. 694.

Eine argumentatio e contrario schliesst nicht aus:

E. R. O. H. G. vom 20. X. 1871, Bd. III. 73, S. 342, wenn es heisst:

»An die Lebensversicherungspolicen knüpft sich bei sonstiger Aehnlichkeit mit den Inhaberpapieren an ihre blosse Innehabung nicht die Präsumtion oder gar Fiction des redlichen Erwerbs: Der Inhaber als solcher hat kein Recht auf Zahlung. — Ueber andere Entscheidungen desselben Gerichtshofes vergl. die Kritik von Goldschmidt: Z. Bd. XXXVI.

Nicht unzweifelhaft auch E. R. G. von 22. VI. 86: »Daher die Gläubigerschaft an dessen Besitz sich knüpft.«

[102]) Als extreme aber consequente Folgerung dieser Ansicht sei Stoobe's Ausspruch angeführt (a. a. O. S. 206): »Wenn auch der Dieb oder der Depositar die Forderung nicht erheben soll . . . . ., so sind sie doch während der Zeit ihres Besitzers Gläubiger.«

Schon Savigny bezeichnet die Ansicht als »von der rechtlichen Seite sehr bedenklich, Denn wenn sie consequent durchgeführt

Wer immer sich zu dieser Theorie bekennt, für den kann die an der Spitze dieser Abhandlung stehende Frage schlechterdings nicht auftauchen.

Die Motivirungen der Theorie, wenn die verschiedenen Färbungen desselben Grundgedankens unter Einer Bezeichnung gehen dürfen, sind, soweit man überhaupt solche beigebracht hat, verschiedener Art.

Die äusserlichste Begründung ist wohl die aus der Bezeichnung der Obligationen als Inhaberpapiere hergeleitete.[103])

Immer und auf allen Gebieten ist eine rein etymologische Ableitung ein unzuverlässiger Behelf. Ein Blick auf die Bezeichnungen des täglichen Lebens belehrt uns wie Namen zufällig, oft häufiger im Anschluss an ein äusserlich leicht wahrnehmbares Merkmal, als an das innere Wesen entstehen, wie sie im Laufe der Zeit ihre Bedeutung verändern, vervielfältigen, specialisiren, ja wie nicht selten der Ausdruck etymologisch schliesslich das stricte Gegentheil von seinem wahren Substrat aussagt. Diese Mängel treffen mehr oder minder auch für die technische Sprache der Wissenschaft zu; strebt man auch hier am besten eine Wesensbezeichnung an, so vereitelt doch die Natur der Sprache meist auch nur eine annähernde Verwirklichung des Ideals. Wie viel mehr muss dies wahr sein für Institute, die viel mehr dem Boden des praktischen Lebens entsprossen sind, deren Namen also auch nicht von der grübelnden Wissenschaft, sondern von dem kurz angebundenen Verkehr erfunden worden sind; Institute, die zugleich eine

---

wird, so muss der Kassenbote, vor dessen Augen ein Coupon gestohlen wird, dem Diebe das Geld auszahlen.“ (a. a. O. S. 133.)

Anderer Meinung, auch, besonders scharf:

Mühlenbruch; a. a. O. S. 371.

Renaud: Beitrag, S. 338.

Goldschmidt: Zeitschr. XXXVI.

[103]) Da diese Motivirung auf die Orderpapiere nicht passt, so cessirt entweder für sie die Beweiskraft dieses Arguments, oder man bezieht die Behauptung nicht auf sie. Dann bringt man aber zugleich eine unzulässige und undurchführbare Spaltung in die Struktur, der Scripturobligationen.

Jahrhundertlange, lebhaft bewegte, grundsätzlich variirende Entwicklung hinter sich haben: Ein naheliegendes Beispiel für viele, wie wenig im weiteren Verlaufe der Entwicklung viel gebrauchte Namen mehr der Wirklichkeit entsprechen.

Wir reden täglich von „Wechsel", „lettre de change", „cambio", „bill of exchange" u. s. f. Wer aber würde es wagen, diese auf längst veraltete Auffassungen und Anwendungen unseres heute sog. Instituts zurückgehenden Ausdrücke beim Wort zu nehmen und aus ihnen unseren heutigen Wechsel zu erklären? Dennoch geschieht etwas Derartiges für die Inhaberpapiere, deren Bezeichnung sich allerdings nicht so alt und heute in dem Masse beziehungslos wie die des Wechsels sich darstellt. Principiell gilt das gleich.

Gebräuchliche Bezeichnungen wie: „Inhaberpapiere", „Papiere auf den Inhaber", „titres au porteur" u. s. f.; althergebrachte Klauseln, wie: dem Inhaber; Besitzer; Ueberbringer; Vorweiser; Präsentanten; Einlieferer u. s. f.; blosse Nichtnennungen eines Berechtigten hat man premiren wollen, um daraus, gewaltsam, die Natur der betr. Institute zu deduciren.

Es ist nicht ohne Interesse, den Wortlaut einiger dieser Versuche zu erstellen: Kind, dessen Deduction im Uebrigen einen bedeutenden theoretischen Fortschritt bezeichnet, sagt (a. a. O.): „hic ipsius promissionis potestate pro vero creditore haberi debet . . . . . nec debitori subdubitandi causa prodesse potest . . . . . etenim vi promissionis debitor solvere tenetur cuilibet . . . . . instrumentum exhibenti, quisquis sit." (Aehnlich G. Ph. Bülow: a. a. O. S. 342.)

Glück a. a. O.: „Der Schuldner hat jeden Inhaber für seinen Gläubiger anzuerkennen erklärt."

Am Ausdruck klebt auch Bluntschli, bei dem Bestreben freilich nur die Legitimationserleichterung zu erklären (a. a. O. S. 319): „Indem der Schuldner einfach den Inhaber als Gläubiger bezeichnet, wird die völlige Indifferenz der Individualität ausgesprochen."

Zu ähnlichem Ziel glaubt selbst Brunner auf gleichem Wege zu gelangen (a. a. O. S. 212): „Allein diese Conse-

quenz ist in dem Wortlaut[103a]) des Papiers ausgesprochen." „Man bürdet ihm eine Last auf, die sich mit dem Wortlaut der Urkunde nicht verträgt."

Man vergleiche auch die Ausdrucksweise des R.-O.-H.-G. in dem mehrfach angeführten Urtheil vom 27. Februar 1875: „Denn durch die Ausstellung der Urkunde auf den Inhaber gibt er unzweideutig zu erkennen, dass er den jedesmaligen faktischen Besitzer als seinen Gläubiger anerkennen will."

Auf andere Begründungen und Wendungen der angedeuteten Theorie braucht hier nicht näher eingegangen zu werden; nur Eine Fassung soll wegen ihrer besonders innigen Beziehung zum Thema einer genaueren Prüfung unterworfen werden. Es wird nämlich von nicht wenigen Seiten behauptet, der sog. Legitimirte sei der Berechtigte, oder der Inhaber sei berechtigt, weil er eben legitimirt sei und was der Wendungen mehr sind. Um diese Meinungen wirksam zu widerlegen, wird es also nothwendig und genügend sein, einen Unterschied von sog. Legitimation und Recht darzuthun. Da indessen das Recht an sich, wie es wirklich beschaffen ist, erst das Ergebniss dieser Unterabtheilung sein soll, so wird die eben bezeichnete Untersuchung zweckmässiger bis dahin aufgespart.

Wir wenden uns weiter zur sog. Eigenthumstheorie. Auf sie hat zuerst Savigny seine kursorische, aber meisterhaft abgerundete Darstellung der Inhaberpapiere[104]) gestellt. Indem er ausgeht einmal von dem Satz, die Forderung sei an das Papier geknüpft,[105]) und dann logisch scheinbar erschöpfende

---

[103a]) Heisst's doch auch im Wechsel: „Zahlen Sie gegen diesen meinen Wechsel"!

[104]) Savigny: Obligationenrecht. Bd. II. a. a. O.

[105]) Folglich das Gläubigerrecht an das Eigenthum: „Die Urkunde ist ein Körper, eine Sache, also möglicher Gegenstand von Eigenthum und Besitz" (S. 99); „die Obligation ist im Papier gleichsam verkörpert" (S. 99); „das Recht des Gläubigers ist an ein gewisses Verhältnis irgend einer Person zum Papier geknüpft" (S. 130); daher „ge-

Möglichkeits- und Zweckmässigkeitserwägungen herbeizieht.[106]) Inneren Ausbau und dogmatischen wie historischen Abschluss hat die Theorie durch Goldschmidt erhalten:[107]) „Die Wechselurkunde ist Träger der Forderung; in der Urkunde verkörpert sich die Wechselforderung; mit der Urkunde, aber auch nur mit dieser, geht die Wechselforderung . . . . . über.“[108]) „Der Eigenthümer der Urkunde, aber auch nur dieser, hat alle Rechte aus dem Wechsel.“[109]) „Das Eigenthum ist (im Entwurf!) nicht, was es verständiger Weise sein soll, Voraussetzung des Gläubigerrechts.[110]) „An das Papiereigenthum kann eine Kette von . . . . . Forderungen geknüpft sein.“[111])

Die so durch Aussprüche ihrer Begründer skizzirte Eigenthumstheorie kann als die herrschende bezeichnet werden, wenn man Milderungen[112]) und Verschärfungen[113]) nicht als Abweichungen ansieht. Die entschiedenste und extremste Stellung unter den Bekennern der Eigenthumstheorie nimmt wohl Carlin ein, indem er lehrt: „Succedirt wird regelmässig in das Papiereigenthum, nie in die Forderung; diese entsteht kraft des neu erworbenen Papiereigenthums.[114]) Durch Dazwischentreten des Eigenthums sucht Carlin die Erscheinung

---

schicht die Übertragung des Forderungsrechts durch die Übertragung der Urkunde.“ Dieser Gedankengang ist recht einleuchtend, vor Allem sehr anschaulich, aber wie sich hoffentlich unten ergiebt, nicht genügend fundirt.

[106]) Insbes. S. 134.

[107]) In Z. Bd. VIII, IX, XXVIII, XXXV, XXXVI.

[108]) In Z. Bd. VIII, S. 314.

[109]) In Z. Bd. VIII, These No. 3.

[110]) In Z. Bd. XXXVI, S. 136.

[111]) In Z. Bd. XXVIII, S. 64.

[112]) Eine solche bringt z. B. neuerdings Lehmann, Wechselrecht; doch sagt er immerhin S. 6: „Die diesen Verpflichtungen entsprechenden Rechte sind mit dem Eigenthum am Wechsel verbunden.“ Indirect dasselbe S. 7 u. S. 13 o.

[113]) Sehr weit gehen z. B. Volkmar u. Loewy (Commentar, S. 101), indem sie thatsächlich die Contractsnatur des Wechsels überhaupt zu den historischen Kuriositäten werfen.

[114]) Z. XXXVI, S. 36.

der Unabhängigkeit vom Vormann zu erklären. Statt des subjectiven Willens tritt ihm das Objective des Eigenthums als Quelle des Rechts hervor: „Kraft dieses Eigenthums", aber „auf Grund" des persönlichen „einseitigen Versprechens des Ausstellers in der Person jedes Eigenthümers nach Massgabe der Scriptur" u. s. w.

Um den Haupteinwand gegen die Eigenthumstheorie gleich vorauszunehmen:

Wie uns scheint, giebt sie das Regelmässige und Zweckdienliche anstatt des dogmatisch Begründeten; sie ist richtig für den Gesetzes- und Wirthschaftspolitiker. Der Gesetzgeber ist es und war es auch hier, der den praktischen Bedürfnissen des Verkehrs bis zu einem gewissen Grade entgegenkam, dem Dogmatiker (auch dem Praktiker) kommt diese Aufgabe nicht zu. Ein solches Verkehrsbedürfnis war es für die Scripturen, ihren Eigenthumsübergang durch blos gutgläubigen Erwerb zu erzielen. Dem Wünschenswerthen verhalf der Gesetzgeber somit zum gesetzlichen Ausdruck; mag es thatsächlich vorher normal gewesen sein, legal war es nicht. Und doch gab es vor dem H.-G.-B. vollwerthige Inhaber- und Orderpapiere. Vindicationen von solchen Papieren von Seiten des Eigenthümers gegen den gutgläubigen Erwerber gehörten allerdings schon zu den Seltenheiten.[115]) Allein rechtlich musste der gutgläubige Erwerber in allen Ländern, wo nicht der Grundsatz: „Hand wahre Hand" oder ein weiterer allgemein galt, im Eigenthumsstreit unterliegen. Durch den Willen der Parteien allein konnte ein gegentheiliges Recht nie herbeigeführt werden; denn das Eigenthum und seine Erwerbsarten sind publici iuris und was Parteien ausmachen, gilt eben nur inter partes.[116]) Eine specifische Art des Forderungsrechts, sammt neuen Entstehungs-, „Uebertragungs"-, Endigungsarten. Das Institut der Scripturobligationen mit seinem Complex

[115]) Dies wurde auch in der Nürnb. Conferenz mehrfach, namentlich von denen hervorgehoben, die es bei dem alten Vindicationssystem belassen wollten.

[116]) Vergl. Brunner: Hdbch. S. 163; 164, No. 9.

von eigenthümlichen Rechtssätzen konnte ausdrückliche oder stillschweigende Parteiberedung aus sich heraussetzen: an dem Bestand der Eigenthumserwerbsarten wurde dadurch nichts geändert, so wünschenswerth es um der Abgeschlossenheit willen sein mochte. Denn die Formen, in denen sich der Lebenslauf eines jeden dieser neuen Forderungsrechte vollzog, waren zu ihrem grössten Theil sachenrechtliche; dennoch hatten sie meist keine sachenrechtliche Wirkung, indem sie an dem ehernen Gefüge der römischen Eigenthumstheorie zerschellen mussten. Indem nun hier die Gesetzgebung einer sich bildenden illegalen Gewohnheit[117]) einen neuen dinglichen Rechtssatz suppeditirte, der zugleich auf einem viel grösseren Gebiete seinen siegreichen Einzug hielt, genügte sie einem Gebote des Verkehrs und der spontanen Rechtsbildung. Indessen, das ist wohl zu bedenken: Man wollte, man konnte und man brauchte nicht das bestehende Scripturobligationen-System auf eine neue Basis zu stellen. In der Weise wie bisher, so wurde auch fürderhin eine derartige Forderung erworben und verloren, nur — das war das rechtlich Neue — durch denselben Akt erwarb man nun auch das Eigenthum am Papier. Aus der somit schon angedeuteten Meinung[118]) folgt zweierlei, was den Gegensatz zur Eigenthumstheorie in's rechte Licht zu setzen geeignet ist:

1) Forderungserwerb und Eigenthumserwerb sind principiell unabhängig, wenn auch der Tendenz, dem Akte und mithin der Zeit nach connex; oder: Gläubigerschaft und Eigenthum fliessen aus einer Quelle; temporär sind sie gleich; teleologisch ist die Gläubigerschaft die Hauptsache.

---

[117]) Dass man nicht von einem Gewohnheitsrecht, das natürlich auch dingliche Rechtssätze bilden kann, sprechen kann, zeigen am besten die Verhandlungen der Nürnb. Conferenz; — auch die Thatsache der Codification bei einer Gelegenheit, die sie so wenig selbstverständlich machte, dass man offiziell von einer Competenzübertretung sprach, zeugt eher dagegen als dafür.

[118]) Die weitere Ausführung der hier vertretenen Ansicht s. im Folgenden.

2) Eigenthümer am Papier wird man jedenfalls und soll man womöglich ausschliesslich werden durch denselben Akt und zu gleicher Zeit, wo man Gläubiger wird. Allein dieser bei Weitem häufigste und im Interesse des Verkehrs wünschenswertheste Fall ist doch nicht der einzig mögliche. Es steht vielmehr gesetzlich und thatsächlich nichts im Wege, auf andere Weise Eigenthümer zu werden, insbesondere durch derivativen Erwerb, aber auch durch Occupation, Specification u. s. w., wodurch man natürlich nicht Gläubiger wird. Soweit bei diesen allgemeinen Eigenthumserwerbsarten guter Glaube vorausgesetzt ist, wird der Erfolg allerdings höchst selten sein; auch mag ihr Vorkommen nicht zu den Alltäglichkeiten gehören; endlich werden Schadensersatz- und Bereicherungsklagen hier besonders häufig begründet sein. Allen dessen ungeachtet darf man doch nicht mit Fug bezweifeln, dass die Möglichkeit derartiger Erwerbsarten für die Gegenstände des Art. 307 des H.-G.-B. wie des Art. 306 vorliegt. Eine gesetzliche Handhabe für einen derartigen Zweifel fehlt gänzlich. Blossem Privatwillen, noch so oft wiederholt, kann in Dingen des ins publicum noch weniger die derogatorische, als die constitutive Kraft zuerkannt werden.

Die zweite eben umrissene Consequenz wird denn auch folgerichtig von den Anhängern der Eigenthumstheorie in verschiedener Form verworfen.[119]) Es decke, so heisst es, die Formel „es ist Gläubiger, wer Eigenthümer am Papier ist“ sich desshalb mit der Wirklichkeit, weil ein Eigenthum am „Fetzen Papier“ noch nicht Eigenthum am Werthpapier zu nennen sei. — Man muss dagegen zunächst festhalten, dass genanntes Eigenthum nicht etwa überzulenken ist in das „Eigenthum“ an etwas Unsichtbarem, Unkörperlichem, kurzum

---

[119]) Brunner a. a. O. erklärt rundweg ein Eigenthum am blossen Papier, während des Bestandes der Forderung für nicht anerkannt. Allein ein derartiges besonderes Eigenthum, wenn es denkbar wäre, bedürfte zu seiner Gültigkeit keiner »gesetzlichen Anerkennung;« vielmehr zum Gegentheil einer gesetzlichen Aberkennung· dafür aber ist Br. den Nachweis schuldig geblieben.

an der Forderung. Unser Eigenthum hat, wie jedes andere, zum Gegenstande eine körperliche, d. h. „greifbare“ und „sichtbare“, oder vorsichtiger negativ ausgedrückt — denn ein eingeschlossenes Luftquantum ist weder greifbar noch sichtbar, aber nicht desto weniger körperlich eine nicht bloss gedachte Sache —; als solche bietet sich hier einzig das Papier mit seiner Schrift, die Eines bilden.[121]) Das Papier hat einen gewissen privatrechtlichen Werth — welchen, bleibe dahingestellt — d. h. einen nicht bloss idealen, sondern materiellen Werth. Wäre dies Papier nicht beschrieben, oder diese Schrift nicht auf diesem Papier; hätte die Schrift aus irgend einem Grunde die Gültigkeit ihres Inhalts eingebüsst oder noch nicht empfangen; wäre dies Papier mit dieser Schrift total verändert, insbesondere zerstört — etwa durch Zerschneiden und Zerstreuen — so wäre ein derartiger Gegenstand (oder bei zerstörender Theilung mehrere) in der That kein Werthpapier;[122]) man spricht also mit Recht an sich vom einem „Fetzen-Papier.“

In allen Fällen aber, wo das Papier im Augenblick Werthpapier ist, ist es eben deshalb kein gewöhnliches Stück Papier. Jenes seines geistigen Gehaltes wegen hat es gewisse Privilegien, die anderen äusserlich vielleicht ganz gleichen Gegenständen versagt sind, insbesondere wird sein Eigenthum schon durch Erwerb bona fide gewonnen. Aber nochmals: nur durch diesen? Warum sollte ein Sammler von Hand-

---

[120]) Gegen eine solche Auffassung vergl. Windscheid, Pand. I, § 168, N. 1.

[121]) Ueber einen gegentheiligen z T. sogar legalen Sprachgebrauch s. u.

[122]) Dass Eigentum an derartigen Papieren kein Forderungsrecht bringt, ist wirklich nur ein scheinbarer Einwand gegen die Eigenthumstheorie: Wie Goldschmidt a. a. O. sagt: »Er erwirbt nur das Eigenthum an dem Stück Papier,«

ferner:

»so wenig sich die deutsche W. O. auf solche Urkunden bezieht, welche nicht mehr Wechsel, so wenig betrifft sie solche, die es noch nicht sind.«

Beides müsst consequentermassen die Kuntze'sche Theorie bestreiten.

schriften nicht einen von der Hand eines berühmten Mannes ausgestellten Wechsel zu Eigenthum erwerben können, etwa durch Tradition ohne Gläubigerwillen! Er will aber den Wechsel gerade so wie er ist, ohne Indossament auf seine Person, auch ohne Erlöschungsvermerk. Freilich läuft er dabei Gefahr, sein Eigenthum zu verlieren; denn jeder neue gutgläubige Erwerber des Exemplars wird Eigenthümer; aber ehe es so weit kommt, ist jener Eigenthümer und doch nicht Gläubiger. Die Werthkraft des Papieres nützt er nicht aus, obwohl sie vorhanden ist und jeden Augenblick wirksam werden kann, weil er sie nicht ausnutzen will. Deshalb wird auch regelmässig der ohne jede Mitwirkung des vorherigen Eigenthümers (man darf nicht sagen: der nicht Derivativ) Erwerbende, also z. B. durch Occupation, nicht Gläubiger, dieser aber weit häufiger desshalb nicht, weil ihm der gute Glaube fehlt. Sind die angeführten Fälle zwar selten, aber doch möglich, so genügt das schon, um die Richtigkeit der Eigenthumstheorie fraglich erscheinen zu lassen.

Welche positiven inneren Gründe hat die Eigenthumstheorie beigebracht? Eigentlich ausser Einem, dessen Natur gleich unten näher zu betrachten sein wird, ist wohl auch kaum Eine Motivirung erfindlich. Die Zweckmässigkeit ist dies doch an und für sich noch nicht, die thatsächliche Regel des Verkehrs, selbst wenn sie nicht, wie eben gezeigt sein dürfte, nur überwiegende Häufigkeit wäre, kann ebenfalls einen inneren Zusammenhang nicht erweisen.[123])

---

[123]) In gleichem Sinn äussert sich Thöl, a. a. O. S. 679: »Die Verbindung des Eigenthums mit der Gläubigerschaft ist praktische Regel und zwar fast ausnahmslos.«

Unger a. a. O. S. 120: »Es bleibt somit Alles im Geleise des Obligationenrechtes; es ist weder der Besitzer noch der Eigenthümer als der Gläubiger anzusehen.« (Damit soll nicht der positiven Unger'schen Folgerung beigestimmt werden!)

Gerber a. a. O. § 160, No. 8: »Zwischen dem Eigenthümer am Papier und dem Verhältnis zum Schuldner ist innerlich kein Zusammenhang.«

Dernburg: Preuss. Privatrecht, S. 223: »Die Frage, wer Eigenthümer

Es ist jetzt auf den Einen oben erwähnten von vielen Anhängern der Eigenthumstheorie als innerliche Begründung gerne und oft angeführten Punkt näher einzugehen.

In der richtigen Erkenntniss oder dem richtigen Gefühl, dass das Papier mehr sei, als eine blosse Beweisurkunde, hat man davon gesprochen, es sei der „Träger" des Forderungsrechts, das Forderungsrecht sei in dem Papier „verkörpert", mit ihm „verknüpft", ihm „einverleibt" u. s. f. In diesem Sinne der Abschwächung der Dokumentsnatur hat die „Verkörperung" auch anderen als den Bekennern des Eigenthumstheorie gedient, insbes. Kuntze.[124])

---

des Inhaberpapiers ist, ist grundsätzlich verschieden von der Frage, wer als Inhaber forderungsberechtigt ist. Da aber das HGB. den redlichen Erwerber von Inhaberpapieren gegen jede Vindikation geschützt hat, wird Eigenthum und Forderungsrecht regelmässig zusammenfallen.«

Riesser: Zeitschrift XXVIII No. III: »Für das Recht aus dem Papier ist das sogenannte Recht auf das Papier gleichgültig.«

Gad. H. R. § 52: »Die Rechte aus dem Papier sind mit den Rechten auf das Papier nicht zu verwechseln.«

[124]) Vgl. Kuntze: Inhaberpapiere, S. 267 ff. Ueberhaupt: Savigny a. a. O.: »Man kann alle diese Fälle unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der Verkörperung zusammenfassen.« — Andere Wendungen desselben Gedankens: Das Papier »ist nichts von der Forderung körperlich verschiedenes, sondern fliesst mit diesem Recht in Eins zusammen.« Gönner (a. a. O. S. 234): »Das Papier ist das Prinzipale, denn als accessorium das Recht folgt.«

Liebe, Allgem. D. W. O. S. 129—131: »Die Forderungen sind gleichsam mit ihnen verwachsen, an sie gebunden.«

Bluntschli a. a. O.: ». . . . . es schliesst gewissermassen die Forderung ein.«

Stobbe (a. a. O. § 180, S. 204): »Für sie ist das Prinzip, dass sie so lange dauern, als die Schrift, welche ihr Träger ist.«

Windscheid, Pand. § 311, Nr. 7: Ein an das Papier gebundenes Geldversprechen.

Hoffmann, Arch f. W.-R. S. 258 ff.: »Die Wechselurkunde ist eine das ganze Rechtsverhältnis durchdringende und dasselbe tragende Form.«

Jolly: (Arch. f. W. R. IV S. 4). »c'est la un caractère remarquable et essentiel du titre au porteur: le droit qu'il représente semble en quelque sore ne faire qu'un avec lui.« (de Toleville a. a. O.)

In besonderer Potenzirung hat der Verkörperungsgedanke sogar zu in sich abgeschlossenen Theorien geführt, der sog. Inkorporationstheorie Gerber's einerseits und der Personifikationstheorie Bekker's andrerseits, von denen die Erstere den Gläubigerwillen[125]), die letztere den Gläubiger selbst [126]) in dem Papier verkörpert sein lässt. Uebrigens ist man in beiden Theorien nicht gesonnen, den Hauptgedanken völlig durchzuführen, sondern wo es nicht klappt, hilft ein „quasi" oder ein „besonderer Fall" aus der leidigen Consequenz.[127]) So müssen sich die Wesenserklärungen als Veranschaulichungen herausstellen, statt juristischer Constructionen findet man mehr oder minder entsprechende Bilder.[128])

Allein knüpfen die letzt angeführten constructiv-theoretischen Erklärungen immerhin an feste juristische Begriffe, wie „Wille" und „Gläubiger" an, so machen diejenigen, die von Verkörperung der Forderung im Allgemeinen sprechen, nicht selten einen Versuch, den Gedanken und die Tragweite der gebrauchten Bezeichnungen festzustellen.[129]) Die Ausdrücke

---

[125]) Die Schrift selbst wird zum alleinigen Träger des verpflichtenden Willens erhoben.«

[126]) Die Personifikationtheorie scheint schon formulirt zu sein durch Schweppe (das römische Privatrecht, 1831): »Das Document ist gleichsam selbst Gläubiger und der jedesmalige Besitzer übt die Rechte des Gläubigers für die Zeit seines Besitzes aus.«

[127]) So Bekker, a. a. O. S. 293: »Das Inhaberpapier ist, wenn man so sagen will, Vertreter des Gläubigers.«

Volkmar u. Loewy, Z. II. S. 563: »Nur der einzige Einwand ist nach dieser Richtung hin zulässig, dass der Inhaber sich in dolo befindet.«

[128]) Am weitesten geht wohl hier Kuntze a. a. O., der in Ausdrücken wie Vehikel, Symbol, Einverleibung, Substrat, Lebenselement, Organ, Seele, förmlich schwelgt.

[129]) Einen solchen Versuch macht z. B. Carlin, a. a. O. S. 7. »dass der privatrechtliche Anspruch in der Urkunde verkörpert ist, d. h. dass er nur deshalb besteht, weil die Urkunde besteht und dass der Eigenthümer nur kraft der Urkunde berechtigt, der Aussteller nur in Folge der Existenz verpflichtet sind: Dies sind die wesentlichen Merkmale des Werthpapiers.« Indessen scheint der Versuch nicht ganz

wörtlich zu nehmen, verbietet schon meist ihr in die Naturwissenschaft oder Ästhetik einschlagender Sinn. Sie, soweit das geschehen kann, in der bei einigen eingebürgerten juristischen Bedeutung voll und ganz zu nehmen, liegt sehr wenig in der Absicht ihrer Erfinder. Folglich bleiben nur Tropen, Bilder, Veranschaulichungen. Nun ist es zwar ganz gewiss in der Jurisprudenz, wie in jeder anderen Wissenschaft, sehr gebräuchlich, heilsam, ja der Natur der Sprache und Denkfähigkeit nach unvermeidlich, die Bezeichnungen von Begriffen und anderen wissenschaftlichen Gegenständen so zu wählen, dass sich rasch und leicht eine Anschauung damit verbindet; auch können Vorgänge und Erscheinungen mit gutem Sinn bildlich erläutert, verdeutlicht, exemplificirt werden: indessen erklärt, definirt werden kann, wie in der Mathematik, nur mittelst Zurückführung auf bekannte und unverkennbare Begriffe. Wie dort der Punkt, der Strich, die Ebene eigentlich Bilder sind, so können auch hier, ja müssen die letzten Grundbegriffe in bildlichem Gewand erscheinen und weiter aufwärts, bis zu den neu eingeführten, dürfen, ja sollen die Begriffe von Beispielen, Ausführungen, Hinweisen, Schlagworten begleitet sein, die alle dem Reich der Anschauung angehören. Allein stets muss die Kette des Begrifflichen geschlossen sein; mit einem zugesetzten oder zugedachten „gleichsam“ ist hier nichts geholfen. Handelt man dem entgegen, so ist man im Begriffe, mit etwas erklären zu wollen, was selbst noch der Erklärung bedarf, erklärt also gar nicht. Und doch liest man bei vielen Schriftstellern, die, um zum Ausgangspunkte zurückzukehren, hier Beweise angetreten haben, direkt an einen Verkörperungsausdruck anschliessende Argumentirungen. Besonders scharf hat sich schon Brunner gegen dieses Verfahren gewendet.

Gegen die Ausführungen Brunner's sind dann wiederum

---

gelungen zu sein. Nicht das Bestehen sondern das Entstehen ist allenfalls an die Urkunde »geknüpft«. Von einer »Verkörperung«, die doch immer etwas Bleibendes ausdrückt, kann man danach wohl auch bildlich nicht reden.

Gierke,[130]) und Goldschmidt[131]) aufgetreten. Wenn aber Ersterer gegen Brunner bemerkt:[132]) „Oder fällt nicht etwa der Verfasser selbst alsbald in die getadelte Bildersprache zurück," so ist dagegen zu betonen, dass die Brunner'schen Ausführungen noch nicht zu der Annahme berechtigen, er wolle die Bildersprache überhaupt aus der Rechtswissenschaft verbannen, vielmehr etwa nur in dem oben angedeutetem Masse, dass ferner, wenn Brunner wirklich in den von ihm selbst gerügten Fehler verfiele, dies allenfalls für die Schwierigkeit ihn zu vermeiden, aber nicht für die Berechtigung, ihn zu kennzeichnen spräche.[133])

Am weitesten geht wohl in der Verquickung von Bild und Dogma das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 22. VI. 88.[134]) Die Stelle des auch sonst nicht besonders mustergültigen Urtheils ist zu charakteristisch, als dass sie hier übergangen werden dürfte: Sie lautet:

> »Die Inhaberpapiere aber haben, wie in Rechtslehre und Judikatur anerkannt wird, den juristischen Charakter, der das Papier, die Obligation, gleichsam verkörpert enthält; daher die Gläubigerschaft an dessen Besitz sich knüpft und mit der Tradition derselben[135]) übergeht. Aus diesem Wesen des Inhaberpapiers folgt aber.....«

Consequenter und drastischer könnte die oben gerügte Art der Betrachtung garnicht dargestellt werden. Ueber einen bildlichen Ausdruck („gleichsam") ist die juristische (!) Wissenschaft und Rechtssprechung einig! Dieser Ausdruck wird zugleich ohne dass er gedeutet wäre, trotz des „gleich-

---

[130]) Z. XXIX.

[131]) Z. XXXV.

[132]) A. a. O. S. 256.

[133]) Goldschmidt a. a. O. S. 41, muss durchaus beigepflichtet werden, dass das Bild »bezeichnend« ist, dass es aber »unentbehrlich« wäre, könnte nur vom Standpunkte der Aesthetik oder Pädagogik aus behauptet werden. Ueberhaupt wird nicht gegen die Berechtigung des Gleichnisses angekämpft, sondern nur gegen seine direkte Argumentationskraft.

[134]) E. R. G. XVIII, 2.

[135]) Wohl in der Urteilssammlung verdruckt statt desselben.

sam" (dessen es nicht einmal bedurfte) als ein „juristischer Charakter" bezeichnet, als das „Wesen" der Inhaberpapiere, und in unmittelbarem Anschluss an den unerklärten bildlichen Ausdruck werden Rechtssätze nicht etwa als Erläuterung desselben, nein, als logisch-juristische Consequenzen vorgeführt. („daher"; „folgt"!) Aehnlich begründen Volkmar u. Loewy, um noch ein Beispiel für die Gefahr und das thatsächliche Vorliegen derartiger Argumentationen zu bringen, die „dingliche Natur des Wechsels" so: „da der Wechsel eigentlich Träger des Rechts ist." („da" — „eigentlich"!)

Ergiebt sich nun aus den obigen Erörterungen, dass der Verkörperungsgedanke dazu, Obligation und Eigenthum am Papier in eine innerliche Beziehung zu setzen, wegen seiner untechnischen Natur nicht tauglich ist, so vermag er in allen seinen Färbungen, so wenig wie die Eigenthumstheorie, soweit sie sich auf ihn stützt und vielleicht auch überhaupt, eine gewisse aussergewöhnliche Erscheinungsform der Scripturobligationen zu erklären; und dennoch müsste auch dieser, wie jeder andere Punkt, durch eine wahrhafte Wesenstheorie gedeckt werden. Es handelt sich um die in Folge eines Amortisationsverfahrens[136]) erfolgte gerichtliche Kraftloserklärung.[137]) Man kommt allerdings bequem über diese Schwierigkeit hinweg, wenn man mit Dernburg[138]) und Anderen sich ähnlich Aeussernden ausruft: „Aber diese Verbindung ist nichts unlösliches. Sie besteht zu gewissen Zwecken und fällt weg, so weit diese Zwecke nicht eingreifen! — Allerdings ein sehr richtiger und beherzigenswerther Ausspruch, wenn es sich nicht vielmehr um eine Wesenstheorie, als um ein Prinzip handelte. Auch darf die Carlin'sche Behauptung:[139]) „Mit der Eigenthumstheorie aber auch mit jeder anderen Theorie ..... logisch unvereinbar ist nur das Amortisationsverfahren" in ihrem zweiten Theile wohl mit Fug bezweifelt

[136]) C. P. O. § 837 ff.
[137]) C. P. O. § 848 ff.
[138]) Preuss. Landrecht. S. 236.
[139]) A. a. O. S. 27 f.

werden,[140]) und wenn derselbe Schriftsteller fortfährt: „Es muss eben hier die starre Rechtsregel schwerwiegenden Credit- und Billigkeitsgründen weichen," so ist dagegen, ähnlich wie gegen Dernburg, zu bemerken, dass eine Wesenstheorie doch höchstens zu ihrem eigenen Schaden eine „starre Rechtsregel" ist.

Allerdings kann, mit Brunner zu reden,[141]) „aus dem Wesen des Inhaberpapiers heraus die allgemeine Zulässigkeit der Amortisirbarkeit abhanden gekommener Werthpapiere nicht gefolgert werden;" die allgemeine Zulässigkeit ist sogar positiv nicht gegeben. Wohl aber folgt daraus die Zweckmässigkeit im Allgemeinen; vor allem aber kann und darf die Erscheinung, wo sie vorliegt, mit dem wahren Wesen der davon betroffenen Papiere nicht in Widerspruch stehen. In der That besteht aber die unübersteigliche Schwierigkeit für die Verkörperungstheorien jeder Färbung, dass hier unleugbar das Papier untergeht, die „an sie geknüpfte" Forderung jedoch am Leben bleibt. Vergeblich sucht man in diesem Dilemna die Unsterblichkeit der Forderung mit der immer bereiten Gnade der Billigkeit und des Rechtsgefühls zu retten; vergeblich redet man, auf das unerklärte Bild ein neues noch weniger klares häufend, von einer Ablösung der Forderung: Auf die Frage: Woher kommt denn die neue Forderung — und wenn es die alte ist, wieso wurde sie erhalten? muss man die Antwort schuldig bleiben.

Mit anderen Schwierigkeiten hat hier allein die Eigenthumstheorie zu kämpfen: hier giebt es einen Gläubiger, der doch nicht Eigenthümer am Papier ist; denn dieses ist eventuell untergegangen, oder er fordert nach der Kraftloserklärung, wodurch das Papier für das Recht untergegangen ist, noch mit vollem Recht, stellenweise sogar ohne Neuausstellung eines Papiers; wird aber ein neues Papier ausgestellt, so wird er zwar Eigenthümer dieses Papiers, aber nicht Gläubiger; denn

---

[140]) s. u.

[141]) Brunner, Handbuch S. 222.

er ist es schon, oder soll man drei sich ablösende Forderungsrechte annehmen: eines in Folge des Eigenthums am ersten Papier, das zweite in der Zwischenzeit, ein drittes in Folge des Eigenthums am neuen Papier. Ein neues Papier ist es aber; es ist so wahr körperlich ein neues, als es die Forderung nicht verkörpert. Fictionen sind immer zu vermeiden; mit ihnen lässt sich natürlich alles „erklären."

Es bedarf nach dieser Erörterung nur des kurzen Hinweises, dass mit der hier vertretenen Theorie sich auch der pathologische Zustand bei und nach der Amortisation, ohne besondere Schwierigkeiten vereinen lässt. Für uns sind Papier und die Forderung, was Bestehen anbetrifft, grundsätzlich unabhängig. Das Eigenthum am Papier mag immerhin untergehen, die Forderung besteht fort,[142]) wie auch jenes ohne diese ent- und bestehen kann. Nur die Geltendmachung der Forderung ist bedeutend erschwert, bei manchen Scriptur-Obligationen (z. B. Zinsen- und Dividendenscheinen) nach einigen Rechten sogar bis auf Weiteres unmöglich gemacht, immerhin nur bei manchen. Im Allgemeinen findet die Geltendmachung nach einem besonderen Verfahren und in aussergewöhnlicher Form dennoch statt. Die Obligation ist deshalb nicht minder Scripturobligation, wenn sie nur auf scripturmässige Weise entstanden ist; was aber die Beendigung anbetrifft, so kann die Form sehr wohl auch durch Uebereichung eines neuen Schriftstücks gewahrt werden, wenn das alte eben nicht mehr ist oder, was dem gleich kommt, nicht mehr Werthpapier ist. Wird ein neues Werthpapier (oder vielmehr ein Papier, was durch den Endigungsakt Werthpapier wird und zugleich erlischt) nicht geschaffen, sondern nach Kraftloserklärung des alten Werthpapiers sofort geleistet, so gilt von dieser Leistung, so paradox es zuerst klingen mag, nichts anderes, als bei blosser Leistung zu Zeiten des alten Werthpapiers.

---

[142]) Es muss übrigens hier zum Theil auf weiter unten Folgendes hingewiesen werden.

Es ist eben keine Endigung, da Endigung nach dem Charakter der Scripturobligationen nur durch Formalakt möglich ist. Wird also kein neues Papier ausgestellt, so endet die Obligation, eben so lange das nicht geschieht vor der Verjährung nicht. Das hört sich zwar sehr hart an, ist aber praktisch ebenso ungefährlich, als theoretisch folgerichtig. Denn dem Bezahlten steht ja immer die Einrede entgegen. Ein neuer Gläubiger kann aber nicht mehr erstehen, da das Werthpapier als solches nicht mehr existirt, ein Formalakt der Neu-Entstehung, also ebenso unmöglich ist, wie ein Endigungsakt.

Eine ganz äusserliche und unstichhaltige Motivirung der Eigenthumstheorie wäre die Berufung auf die Gesetzesstellen, die von „Eigenthümer des Wechsels“ im Sinnne von „Wechselgläubiger“ reden. Dieser auch in auswärtigen Wechselgesetzen nicht seltene und ausserdem bei manchen Schriftstellern[143]) vorkommende Sprachgebrauch vermag gewiss nichts Dogmatisches zu beweisen; er will eben so wenig besagen, wie wenn man von geistigem Eigenthum, Bergwerks-Eigenthum u. s. w. spricht;[144]) derartige Ausdrücke sind anschaulich und knapp bezeichnend, wenn auch nicht correkt; spricht man daher vom Eigenthümer des Wechsels statt von Wechselforderungs-Berechtigter, so setzte man einen gewöhnlichen Begleitumstand an Stelle des wahren Sachverhalts. Besonders praktisch naheliegend musste dieser Sprachgebrauch da sein, wo das römische Vindikations-System nicht galt. Der code de commerce hat also wahrscheinlich in seiner der französichen Gesetzgebung eigenen volksthümlichen Fassung die anderen Gesetzgebungen veranlasst, seinem Sprachgebrauch zu folgen und ist insbes. für die sog. Uebertragung der Forderung durch Indossament mit seinem Ausdruck „Eigenthumsübertragung“ vorbindlich geworden.[145])

---

[143]) Z. B. Gönner, a. a. O. 239. Budde's Wechselindossament S. 62. Foleville: a. a. O. S. 304 ff.

[144]) Vgl. Windschein: Pand. S. 168.

[145]) c. d. c. von 1817, Art. 136; ähnlich Spanien von 1829; Art.

Auch der Preussische Entwurf huldigte dem herrschenden Sprachgebrauch, und so ist derselbe auch in die deutsche W. O. eingezogen. Er ist trotz dieser nicht seltenen Anwendung des Ausdrucks „Wechseleigenthümer," wo nach unserer Auffassung „Wechselgläubiger" stehen müsste, ganz und gar nicht wahrscheinlich, dass man damit die theoretische Frage: Wer ist Gläubiger? hat auch nur indirekt beantworten wollen oder wirklich beantwortete. Für Deutschland ergiebt sich das evident aus den Protokollen der Leipziger Wechselconferenz.[146]) Vor Allem ist zu beachten, wie wenig Werth die Conferenz auf diesen Punkt legte, wie sie es doch gewiss gethan hätte, wenn es sich um weitblickende theoretische Fragen gehandelt hätte; man betrachtete es lediglich als „zweckmässig" den richtigen Ausdruck zu verwenden und überliess die Sache schliesslich der Redaction, wobei sie ebensowenig zur Debatte kam. Dabei erscheint es charakteristisch, dass der Antrag auf Feststellung des Sprachgebrauchs offenbar „Eigenthümer des Wechsels" für inhaltlich identisch mit „Inhaber" erachtete, also an das Forderungselement gar nicht streifte; der Beschluss hinwiederum eine bestimmte Bedeutung dem Ausdruck, wie er bisher bestand, nicht ansinnen zu wollen schien.

Noch ein innerer Grund gegen die Eigenthumstheorie soll zugleich die materielle Seite (im Gegensatz zur schon genauer erörterten formalen) der hier vertretenen Anschauung in helleres Licht setzen. So machtlos der Wile der Parteien der principiellen Gestaltung der Welt der dringlichen Rechts-

---

466, und die an das Spanische sich anschliessenden Handelsgesetzbücher bezw. Wechselordnungen von: Bolivia 1834, Art. 380; Argentinien 1862, Art. 801; Chile 1855, Art. 655; Nicaragua 1869, Art. 261 u. a. m. Ferner: Portugal 1833, Art. 354, Brasilien 1850; dann Serbien 1860, Art. 108; Belgien 1872, Art. 28; Dänemark-Schweden; Norwegen 1880, § 9; Italien 1882, Art. 255.

[146]) Protokolle der Leipziger Wechselconferenz, VI, S. 19 ff. (vom 27. X. 47).

Auf der Nürnberger Conferenz kam die Sache nicht mehr zur Sprache.

sätze gegenübersteht, so allmächtig schafft er auf dem Gebiet der Forderungen, der Rechte von Person zu Person. Gerade das Dasein und die Gestaltung des hier betrachteten Instituts ist ein überraschendes Symptom von der schöpferischen Kraft dieses Elements. Das ganze Obligationenrecht ist der Tendenz nach ius dispositivum. Wo nichts im Wege steht, ist zunächst der Wille der Parteien zu erkunden. So auch hier[147]) für die Frage: Ist der Eigenthümer Gläubiger, und wenn nicht, wer sonst? Man darf nicht dagegen einwenden: dem gewöhnlichen Leben lieget die theoretische Betrachtungsweise fern. Es sollen ja nur die practischen Intentionen der Parteien erforscht werden; die theoretische Schlussfolgerung wird sich dann von selbst ergeben. Prinzipien und Ideen aber dürfen wir im Verkehr, wenn irgendwo, so hier suchen, hier, wo der Verkehr durch zahllose Manipulationen gleicher oder ähnlicher Art sich selbst juristische Thatsachen geschaffen hat; wo durch ihn, wie über Nacht, ein wohlgefügtes Gebäude erstanden ist, an dessen Structur sich vergeblich Winkelmasse und Winkelzüge der spätmittelalterlichen und neueren romanistischen Jurisprudenz abmühten, wo, mit Einem Worte in so hohem Masse die Praxis der Wissenschaft vorausgeeilt ist. Aber auch hier, wie überall, musste die Partei thunlichst das abstracte und formell juristische vermeiden; soweit sie dessen nothwendig bedarf, ergreift sie es, soweit sie es ersetzen kann, umgeht sie es. Ein solcher abstracter Gedanke wäre es nun, — ganz abgesehen von der oben besprochenen Zulässigkeit — wenn die Parteien Alles, was sie auf diesem Gebiete Eigenartiges schufen und erweckten, auf den Eigenthumserwerb des Papiers gehäuft hätten, um nachher einfach und trocken sich dem Eigenthümer, wie er es so geworden wäre, zu verpflichten. Das Eigenthum an sich als eine

---

147) Auf den Willen stellt insbes. Renaud: Beitrag u. s. w., allerdings zu einseitig, seine Theorie der Inhaberpapiere.

Dem Willen räumt ferner einen breiten Raum ein Foleville, a. a. O. z. B. S. 522: »c'est une règle élémentaire du droit civil que la convention doit former la loi des parties etc.

specifisch juristische Form musste dem Willen der Parteien als Anknüpfungspunkt ihres Forderungsrechts am allerfernsten liegen. Wie viel natürlicher ist es, anzunehmen, der Schuldner wolle sich demjenigen verpflichten, der dieses Papier in dieser meist äusserlich sichtbaren Weise ergreift, in der Absicht, sich zum Gläubiger zu machen. Das Erfordernis des guten Glaubens dessen, der sich zum Gläubiger macht, ist gerade auf dem Gebiete des Forderungsrechts, wo Treu und Glauben herrscht, keine besondere Erscheinung. Der Wille der Parteien ist es, der diesen Formalakt, diese Begebung, dieses „sachenrechtliche Gewand" — wie Brunner richtig sagt — in sein Gebiet gezogen hat.[148]) Man darf also sagen: Gläubiger wird, wer, natürlich mit dem Gläubigerwillen, gutgläubig in formaler Weise das Papier erwirbt. In concreto ist daher Gläubiger der letzte gutgläubige Erwerber des Papiers mit dem Gläubigerwillen.[149]) Für die eben kurz skizzirte Willensrichtung der Parteien lassen sich naturgemäss keine äusseren Belege erbringen. Dass die in dieser

[148]) Insofern sind richtig die Aussprüche Bluntschli's: »Sie bilden um der Form willen eine besondere Gattung von Obligationen mit besonderem Charakter« und Beseler's (System, S. 435): »Die Form der Ausstellung bestimmt den Begriff.«

[149]) »Somit ist der Satz behauptet, dass Derjenige der wahre Gläubiger ist, welcher zuletzt in gutem Glauben das Papier mit dem Gläubigerwillen erworben hat,« sagt Thöl richtig, übersieht aber vollkommen die Bedeutung des Erwerbsformalakts. Mit Unrecht jedoch hat man Thöl untergelegt, er behaupte: Der Gläubiger sei Eigenthümer; was natürlich noch viel weniger für sich hat, als die oben bekämpfte umgekehrte Annahme. Thöl sagt allerdings H.-R., Bd. II, S. 92: »Wer das Recht aus dem Wechsel hat, hat auch Recht auf den Wechsel.« Doch will er offenbar damit nur das thatsächlich Regelmässige fixiren.

Ferner geht er von wirthschaftlich praktischen, nicht von theoretischen Gesichtspunkten aus, wenn er sich § 667 flg. zu einer nicht ganz correcten Schlussantithese hinreissen lässt: »Das Papier ist lediglich um der Forderung willen vorhanden, nicht die Forderung um des Papiers willen.« »Daraus folgt, dass die Gläubigerschaft nicht bestimmt wird durch das Eigenthum am Papier. sondern eher das Eigenthum durch das Forderungsrecht.«

Beziehung aufgestellten Behauptungen den allgemeinen Sätzen des Rechts entsprechen, dass sie zugleich mit dem Wesen der Scripturobligationen im Einklang stehen, ist das wenige-viele, was erfordert ist. Indem wir so davon ausgingen, ein neues Argument gegen die Eigenthumstheorie zu erbringen, hat sich von selbst ergeben, wer wirklich Gläubiger ist.

Noch Eine Theorie sei besonders erwähnt. Kuntze[150]) hat nämlich behauptet, Gläubiger sei der juristische Besitzer. Gegen diese Annahme spricht das Meiste, was der Eigenthumstheorie entgegengehalten werden musste. Sie befriedigt aber noch weniger, als diese, indem sie nicht einmal dem regelmässigen thatsächlichen Verlauf entspricht, und indem sie zu unerträglichen Consequenzen führt. So sind der Dieb und der Räuber Gläubiger; selbst der Procurator, Depositar, Commodatar sollen sich zum juristischen Besitzer, mithin zum Gläubiger machen können.

## § 5.

# Legitimation und Befugnis.

Nachdem im Vorhergehenden nach und bei Hervorhebung des Unterschiedes von Eigenthum am Papier und Recht aus demselben und der Unabhängigkeit beider, unter gleichzeitiger Benutzung der Ergebnisse über das Wesen der Urkunde, die Natur der Scripturobligationen, insbes. der Forderungsseite klar gestellt worden ist, ist es jetzt geboten und möglich, von der sog. Legitimation zu sprechen. Dabei wird sich einerseits die oben noch ungelöst gelassene Frage: Ist der Legitimirte der Berechtigte? Direkt in abweisendem Sinn erledigen, andererseits ein weiterer bedeutender Schritt zur Förderung des Themas gethan werden.

[150]) Vergl. insbes. »Inhaberpapiere« § 137 S. 623 ff. u. öfters.

Mit dem Namen Legitimation werden insbes. bei Scripturobligationen vier verschiedene Bedeutungen verbunden. Man versteht nämlich darunter:

1. Eine Handlung, das Sichlegitimiren, besser Legitimirung genannt;
2. das Resultat dieser Handlung, das Sichlegitimirthaben;
3. die Möglichkeit sich zu legitimiren, das Sichlegitimiren können;
4. die Mittel hierzu, das, womit man sich legitimiren kann.

In allen diesen Fällen pflegt man von Legitimation schlechthin zu sprechen. Wir gehen aus von der ersten Bedeutung, müssen dabei die vierte näher betrachten und werden No. 2 und 3 so gewinnen.

Sich legitimiren heisst hinreichende Beweismittel zur Stelle bringen, dass man zu etwas befugt ist, d. i. nicht: unumstösslichen Beweis erbringen; nicht: dafür, dass man das etwa geltend gemachte dingliche oder obligatorische Recht sich selbst zuschreibt. Fordert Jemand im Namen eines Dritten oder für einen solchen, so muss er in der Regel nicht nur für das Bestehen des Forderungsrechtes in dieser Art, sondern auch für seine Befugniss, es geltend zu machen bezw. die Leistung zu erheben, Beweismittel erbringen. Diese Beweismittel können sich als spezielle zu diesem Behuf geschaffene Thatbestände darstellen, wie Vorzeigung eines Briefes,[151]) eines sonstigen Erkennungszeichens, oder es können schon bestehende dazu dienen, wie beispielsweise das Auftreten in der Livrée des Berechtigten, nahe Verwandtschaft mit demselben, das Erscheinen in seiner Begleitung. Diese hinreichenden Beweisführungen sind unendlich verschieden, je nach den speziellen Umständen und Anschauungen, doch können sie sehr wohl durch specielle ausdrückliche oder stillschweigende Verabredung, ja sogar durch Gesetz (gewöhnlich

[151]) Vergl. Goldschmidt: Ztschr. f. Rechtsgeschichte, a. a. O. XXX, S. 383; 384.

ins dispositivum) bestimmt und begrenzt sein. Ist dies letztere auch nicht das normale, so ist es doch durchaus nicht selten und trifft vor Allem für die Scripturobligationen zu. Hier bilden gewisse gesetzlich normirte Thatbestände die Beweismittel für die Befugnis der die Leistung erhebenden Person. Die Art derselben ist im Anschluss — dogmatisch nicht historisch betrachtet — an die besondere Natur der Scripturobligationen eine sehr zweckmässige, knappe und insbes. solche, dass durch sie meist nur die Befugnis, nicht das Recht als solches hervortritt.[152]) Das gilt namentlich für die Inhaberpapiere. Der Wechsel allerdings hat für den

---

[152]) Dieser Punkt ist so bedeutend, dass er wahrscheinlich, allerdings namentlich im Hinblick auf die mangelnde processualische Stellvertretung den Ausgangspunkt der Inhaberpapiere bildete. Dies nachzuweisen bildet den Hauptzweck der einleuchtenden Ausführungen Brunner's in: »Das französische Inhaberpapier des Mittelalters,« Berlin 1879.

Derselben Ansicht ist insbes. Thöl, H.-R. z. B. S. 688: »Die Vermuthung muss sich nothwennig auf alle möglichen Legitimationsgründe erstrecken.« »Es muss gegen ihn das vollständige Factum behauptet und bewiesen werden, aus welchem sich ergiebt, dass er, der Besitzer, in keiner Weise legitimirt ist.« Es ist übrigens zu bemerken dass man Thöl mehrfach missverstanden hat, weil er das Wort »Legitimation« nicht im landläufigen Sinne gebraucht. Er versteht unter Legitimation das, was wir Befugniss nennen, also auch das Recht; unsere »Legitimation« dagegen ist ihm »Legitimationsnachweis.« Obwohl sich Thöl im Widerspruch mit der allgemeinen auch der legalen Nomenklatur befindet, ändert das an der Richtung seiner Grundansicht nichts. Dieser Ansicht huldigt principiell auch Brunner im Hdbch. Der Thöl'sche »Legitimirte,« unser »Befugter,« ist ihm „Destinatär der Leistung.« »Gläubiger darf man ihn deshalb nicht nennen.« (Brunner a. a. O. S. 211.) Auch Bekker (a. a. O. S. 393) ist ungeachtet seiner hier nicht viel verstossenden speciellen Anschauung des Papiers als Gläubigers, im Grunde genommen, der hier vertretenen Ansicht. Er zweifelt, ob die »Consequenz« oder das practische Interesse entscheiden, ob jene dem »Detentor« die Pflicht auferlegen, seine »Berufenheit« zu erweisen, dieses sei ihm erspart. Bekker giebt »dem Interesse« vor der »Consequenz« den Vorzug, ist also für die Nichtpflicht. Doch verlässt er damit dennoch nicht, wie er selbst meint, die Consequenz. — Vergl. auch Mühlenbruch, a. a. O. S. 372.

Rechtsausweis eine besondere Modification, das Vollindossament, eine besondere für den Befugnisausweis, das Prokuraindossament. Wie die Inhaberpapiere dagegen, functionirt hier wieder der in blanco indossirte Wechsel. Die für den Fordernden auf diese Art festbegrenzten Beweismittel sind, wollte anders die Vorschrift nicht ihren Zweck verfehlen, so beschaffen, das meist auch wirklich ist, was sie beweisen wollen. Ein Gegenbeweis des Schuldners ist dagegen an sich nicht ausgeschlossen. Es handelt sich um eine Vermuthung, nicht um eine Fiction; doch davon näher unten.

Ferner ist hervorzuheben, dass es zweierlei bestimmte gesetzliche Ausweisarten gibt, eine normale und eine aussergewöhnliche. Zuerst etwas näher von der regelmässigen.

Im normalen Zustand der Scripturobligationen ist als Ausweis erforderlich und ausreichend die momentane Dentition des Werthpapiers; giebt das Werthpapier noch gewisse andere Merkmale des Rechts bezw. der Befugnis dieser Person an, so müssen auch diese dargethan werden. (Identität! Indossament!) In dieser kurzen Begriffsbestimmung liegt Folgendes:

1) Es wird erfordert Detention im eigentlichen Sinn; nicht irgendwie geartete Detention, nicht juristischer Besitz, nicht Eigenthum;

2) nur muss die Detention eine momentane sein d. h. sie muss im Moment des Forderns bestehen, worauf sie dann bis zum Augenblick der Leistung fortbestehen muss, m. a. W. Das Papier muss sofort vorgezeigt (präsentirt) und daher übergeben werden können;

3) detinirt wird das Werthpapier, nicht, was noch nicht Werthpapier ist, nicht, was es war, nicht, was es weder war noch sein wird. Wer ein gestohlenes und dann fälschlich ausgefülltes Werthpapier-Formular präsentirt, ist also nicht nur nicht berechtigt, nicht nur nicht befugt, sondern nicht einmal legitimirt; er scheint es nur zu sein. Das Beweismittel wird nur in Folge Irrthums der Beweissmittelprüfenden Partei ev. als beigebracht erachtet. Der „gefälschte Wechsel“ im Unterschied vom verfälschten ist kein Wechsel, sondern hat

nur die äusseren Formen eines solchen. So sagt auch W.-O. § 36: „Der Inhaber eines indossirten . . . . . Wechsels“ und meint natürlich eines wirklichen Wechsels. Wie man sieht, findet die Wahrnehmung der Legitimationselemente nicht blos äusserlich statt;

4) Die Individualität des Fordernden muss dem Wortlaut des Werthpapier-Beweisstückes entsprechen, d. h. der Detentor ist nur legitimirt, wenn die Merkmale seiner Individualität[153]) den ihm im Papier beigelegten genügen. Sind ihm keinerlei persönlich Individualisirende Merkmale scripturmässig beigelegt, wie im Inhaberpapier und dem in blanco indossirten Orderpapier, so ist natürlich jedes Individuum, soweit es den sub 1—3 genannten Legitimationsansprüchen genügt, legitimirt; allein bei dem Orderpapier, insbes. dem Wechsel, lautet in der Regel das Papier auf einen bestimmten Namen, mit oder ohne einen sonst individualisirenden Zusatz, der nicht unstatthaft ist, z. B. August Schmidt *der Aeltere*. Trägt noch ein Anderer den betr. Namen, so ist er legitimirt ohne befugt zu sein; wer ihn nicht trägt, ist nicht einmal legitimirt, vielmehr nur scheinbar legitimirt. Auch diese Annahme wird nicht *widerlegt*, sondern *belegt* durch den Wortlaut des Art. 36: „Der Inhaber eines Wechsels wird durch eine zusammenhängende bis *auf ihn* heruntergehende Reihe . . . . . legitimirt.“ Der sog. Identitätsnachweis ist also prinzipiell durchaus zu verlangen. Er bildet einen Theil der Legitimirung. Wird seine Führung versäumt, so geschieht dies auf Gefahr des Schuldners. Die Beweisführung selbst unterliegt den allgemeinen Regeln vom Beweis,[154]) modificirt durch die Prin-

[153]) Eine gewöhnliche directe Stellvertretung durch einen Boten ist natürlich nicht ausgeschlossen und steht unter den gewöhnlichen Regeln.

[154]) Mit Recht sagt Liebe (Entw. S. 129), die Feststellung der Identität betreffend: »Sie wird immer von den Umständen abhängen, wie scrupulös der Bezogene sein muss und welche Beweismittel er als Beurkundungen persönlicher Identität des Inhabers mit dem letzten Indossatar für genügend erachten dürfe.“ — So galt nach Bender (Grundsätze des deutschen Handlungsrechtes, Bd. II, Abth. 1, S. 343 flg.)

zipien der Schnelligkeit, Leichtigkeit. Jene Gefahr ist allerdings bei der verhältnissmässig grossen Gewähr der übrigen Legitimationsmittel nicht sehr gross. Daher wird auch häufig eine derartige Indentitätsprüfung, die, soweit sie sich nicht durch den Bankverkehr (Skontration!) erleichtert, oft nicht einfach ist, vertrags-, ja gewohnheitsmässig erlassen. Man darf wohl sagen, dass damit der Wechsel beinahe zum Inhaberpapier degradirt ist, nicht zu seinem und des allgemeinen Verkehrs Vortheil. Allein dazu zeigt sich überhaupt eine unverkennbare Neigung z. B. in dem jetzt unzulässigen Institut der Blanco- und in dem der blanco-indossirten Wechsel.[155])

5) Gewisse Papiere, insbesondere die Orderpapiere, verlangen noch eine äusserliche Darstellung des Rechts bezw. der Befugnis auf dem Werthpapier, namentlich ist hier zu nennen die bis auf den Detentoir[156]) herablaufende ununterbrochene Reihe von Indossamenten. Ist das letzte äusserlich ordnungsgemässe Indossament ein Vollindossament, so legitimirt es den identischen Detentor als Berechtigten, ist es ein Prokuraindossament, denselben als blos Befugten. Die Indossamente brauchen nur äusserlich richtige zu sein.

Dies etwa ist die Legitimirung für normale Fälle. Es giebt aber, wie schon angedeutet, auch Zustände der Obligation, in denen ein anderes Beweisverfahren geboten erscheint, das sind die oben sog. pathologischen Zustände der Scripturobligation, d. h. solche, in denen wegen Verlustes des Papiers, Diebstahls u. s. f. Kraftloserklärung eingetreten ist. Wie ge-

---

dass der Acceptant »einem ihm persönlich unbekannten Inhaber nur dann zu zahlen braucht, wenn ihm ein bekanntes Haus oder ein angesehener Staatsbürger auf dem Platze die Quittung des Unbekannten mitunterschreibt; in allen anderen Fällen deponirt der Acceptant bloss.«

[155]) Eine Pflicht für den Schuldner, sich über die Identität subjective Gewissheit zu verschaffen, nehmen an: Thöl, Brauer, Jolly, Renaud, Gerber; ein blosses Recht dagegen Beseler, Hoffmann, Wächter. Vergl. ferner z. B. Spanisches H.-G.-B. vom 30. Mai 1829, Art. 499, und ihm folgende W.-O.; W.-O. von Basel, vom 20. IV. 1863, § 39 und Wadt, vom 4. VI. 29, Art. 36.

[156]) Vergl. u.

zeigt wurde, besteht in diesen Fällen die Obligation ungetrübt fort; nur das Legitimations-Mittel in specie, die Urkunde kann diesem Zwecke nicht mehr dienen. Es muss daher, soll die Ausübung nicht unmöglich gemacht werden, an Stelle des gewöhnlichen ein aussergewöhnliches Legitimirungs-Verfahren treten; dasselbe, mehr unter allgemeinen Beweisregeln stehend, wird sich insbesondere darum drehen, dass man die Urkunde vor ihrem ordnungswidrigen Verlust besessen hat, dass man letzter Indossatar war u. s. w. Der Begriff der Legitimation bei Scripturobligationen dürfte somit festgestellt sein. Ehe seine Gegensätzlichkeit zu dem des Rechts bezw. der Befugnis etwas näher betrachtet wird, soll zur Abgrenzung des Begriffes ein anderer Contrast berührt werden; vielleicht könnte dadurch auch das contrastirende Gegentheil an Klarheit gewinnen.

Es handelt sich um den Gegensatz zu den sog. hinkenden Namen- und Inhaberpapieren oder Legitimationspapieren d. h. wie man gewöhnlich definirt, „Papieren, in welchen der Schuldner nicht die Verpflichtung übernimmt, an jeden Inhaber zu leisten, sondern sich nur das Recht vorbehalten hat, ausser an den in der Urkunde genannten Berechtigten an jeden Ueberbringer, ohne Prüfung der Legitimation, zu leisten“;[157]) es sei geschaffen, lehrt man, nicht im Interesse des Inhabers, sondern nur des Ausstellers. Ueber das innere Wesen des Legitimationspapiers bezw. seiner Forderung, ob sie Scripturobligation und, wenn nicht, wie sie sich zu diesen verhalte: darüber und über anderes Wesentliche lässt man sich selten genug aus. Um nun zur Gewinnung des Wesens dieser Papiere von den Gleichheiten auszugehen, ist zunächst zu constatiren, dass man im Alltagsleben, wo mehr auf materiellen Erfolg und gewöhnlichen Hergang, als auf juristische Form und grundsätzliche Gestaltung gesehen wird, eine gänzliche Ignorirung und Verwischung der Grenzen die Regel ist. Ja,

[157]) Vergl. Anschütz u. Völdendorff; Commentar, S. 164. — Striethorst: Arch. 63, 99; 65, 77. — Vergl. Goldschmidt, Ztschr. f. R.-Gesch. XXIII, S. 359.

noch mehr: Es wird recht häufig auch dem juristisch blickenden Auge nicht leicht sein, im einzelnen Fall sofort zu entscheiden, ob etwa Inhaberpapier oder Legitimationspapier vorliegt. Es kommt den Parteien oft nur darauf an, dass inhaltlich das geleistet werde, was irgend eine Schrift bezw. ein Zeichen oder eine Abmachung oder beides, combinirt, ergiebt. Oft erst eine verwickelte Auslegung vermag dann den juristischen Kern im Willen der Parteien herauszuschälen. Immerhin muss im Willen zuvörderst das movens gesucht werden, zumal da die äusseren Manipulationen und Manifestationen meist keine Antwort geben.

Ferner kommen Legitimationspapier-Forderungen und Scripturobligationen darin überein, dass in der Regel an den Legitimirten geleistet werden darf;[158]) endlich darin, dass grundsätzlich nur an den Befugten geleistet zu werden braucht.[159]) Gerade hier, wo man allermeist den grundsätzlichen Unterschied suchte, liegt nur eine graduelle Verschiedenheit. Auch der Scripturschuldner kann principiell die Befugnissbehauptung (auf Grund der Legitimation) durch Gegenbeweis zerstören. Aber die Befugniss wird hier nur durch die Legitimirung erbracht, dort auch (auf Verlangen) auf gewöhnliche Weise. Wie erklärt sich das und damit, da sich hier ein Unterschied manifestirt, die Wesens-Differenz? Ganz einfach sind die Forderungen mit Legitimationspapieren an sich überhaupt keine Scripturobligationen; es gelten daher auch von vornherein nicht deren Grundsätze für sie, jedoch borgen sie gewisse Züge von den Inhaberpapieren. Ihr Charakteristikum ist eine äussere Zuthat in Bezug auf die Befugnissprüfung Seitens des Schuldners. Ist diese im Allgemeinen gänzlich unbestimmt, muss der Schuldner also je nach den Umständen vor der Leistung mehr oder weniger scharf prüfen, so genügt hier die typische Prüfung der bei den Inhaberpapieren vorgeschriebenen Legitimations-

[158]) Das wird für Scripturobligationen auf Inhaber und an Order erst das Folgende ergeben. Vergl. u.

[159]) Vergl. N. 155.

merkmale. In allen übrigen Beziehungen sind die Forderungen mit Legitimationspapieren an sich gewöhnliche Forderungen, denen insbesondere das Wesen der Scripturobligationen, der Formalismus, fehlt. Unter der Hülle der Legitimationspapiere kann sich also jede mögliche Forderung ausgenommen gerade Inhaberpapier- und Orderpapierforderungen, zu denen sie im Gegensatz stehen, verbergen; es gelten demnach auch einerseits keinerlei weitere Grundsätze von diesen und andererseits alle Prinzipien der jeweiligen Forderung. Ein besonders schwieriger, aber kein Ausnahmefall ist die Scripturobligation auf Namen im Gewande des Legitimationspapiers. Je nach der speziellen Art der zu Grunde liegenden Obligation bestimmt sich insbesondere auch die Haftung des Schuldners für dolus und culpa bei der Leistung auf das Legitimationspapier;[160]) die Prinzipien der Scripturobligationen von Schnelligkeit, Leichtigkeit, Knappheit gelten nicht ohne Weiteres im vollen Umfang.

Im Anschluss hieran noch ein Wort über die Nomenklatur. „Man pflegt die Papiere dieser Art," schreibt Brunner,[161]) „als Legitimationspapiere zusammenzufassen. Thöl nennt sie hinkende Namenspapiere. Ich werde sie, wenn sie auf Namen lauten, als hinkende Namenspapiere, wenn sie nicht auf Namen lauten, als hinkende Inhaberpapiere bezeichnen." Diese Brunner'sche Bezeichnungsweise scheint uns weder praktisch, noch in sich konzinn zu sein. Man darf die Legitimationspapiere hinkende oder unvollkommene Inhaberpapiere nennen, weil sie gewisse äussere und innere Merkmale mit den Inhaberpapieren gemeinsam haben können bezw. haben. Dieser Ausdruck umfasst aber dann mit Fug alle Papiere jener Art,

---

[160]) Mit dieser Modification sagt Stobbe richtig: »Auch ist anzunehmen, dass, wo er Verdacht schöpfen muss, er auch nicht berechtigt ist, zu leisten.« (Hdbch. S. 196.) Nichts Besonderes und noch nicht einmal etwas durchaus Wahres ist, was Stobbe vorher als Merkmal anführt: »Auch ist anzunehmen, dass, wo er Verdacht schöpfen muss, er auch nicht berechtigt ist, zu leisten.« (id. ibid.).

[161]) Handbuch S. 174 flg.

mag die zu Grunde liegende Obligation eine Rectapapierforderung sein oder nicht. Will man nun diese erstere besondere Klasse speziell herausheben, so nennt man sie doch gewiss nicht passend hinkende Namenspapiere, die übrigen Klassen hinkende Inhaberpapiere schlechthin. Das ergäbe einen schiefen Gegensatz dahin, als lägen diesen letzteren wahre Inhaberpapierforderungen zu Grunde, was nicht einmal möglich ist. — Bedenkt man nun, dass Inhaber- und Orderscripturen nie in der Form der Legitimationspapiere auftreten, also von möglichen Scripturobligationen nur die Rectapapiere bleiben, so ist es vielleicht nicht unangebracht, diese mit dem einfachen Namen „Scriptur-Legitimationspapiere“ den „gewöhnlichen Legitimationspapieren“ gegenüber zu stellen.

Indem Legitimation sich als Rechts- bezw. Befugnissausweis in bestimmter Form darstellt, ist sie sehr wohl von dem Recht und der Befugniss, deren Ausweiss sie erbringt, zu unterscheiden. Es giebt Fälle, in denen das Recht ohne die Legitimation im Sinne von Ausweismöglichkeit und solche, in denen die Legitimation ohne das Recht vorhanden ist. Dabei können sich die beiden Momente auf zwei Personen vertheilen, oder in ihrem einen Theil überhaupt fehlen. Der Hauptfall des Rechts ohne Legitimation wird durch den Zustand nach zufälligem Verlust des Papiers Seitens des Gläubigers in Folge von Naturereigniss oder menschlichem Handeln gebildet werden, nämlich so lange nicht bei einem dritten Besitz, guter Glaube und Gläubigerwille zusammen kommen. Jene Fortdauer des blossen Rechts entspricht durchaus dem Wesen der Scripturobligationen und der Consequenz der Erscheinungen. Denn ergiebt sich auch keine direkte Schwierigkeit, falls ein Dritter wirklich Gläubiger wird, so ist es doch unmöglich, das Recht jenes Verlierers, Betrogenen, Bestohlenen durch die mala fides, negativ ausgedrückt: die mangelnde bona fides Dritter, entstehen oder wieder verschwinden zu lassen.

Wie stellt sich ferner die Sache, wenn kein Dritter den Besitz erwirbt, oder wenn der Verlierer wieder in den Besitz

gelangt? Während dieser Zeit wäre kein Gläubiger[162]) vorhanden, d. h. kein Recht,[163]) also auch keine Pflicht? Der Nexus der Obligation wäre gelöst? Was davon noch äusserlich vorhanden ist, das Papier, die eventuelle Leistungsbereitschaft des nichts wissenden „Schuldners", die Möglichkeit, durch gutgläubigen Erwerb Gläubiger zu werden u. s. f., wären seelenlose Trümmer, ohne gegenwärtiges juristisches Leben, Wirken und Bedeuten? Aber dann müsste auch die Verjährung stillstehen, dann müsste der sog. Schuldner sich in Bezug auf die nunmehr abgestorbene oder embryonale Forderung verhalten dürfen, wie er wollte u. s. f.: Lauter Consequenzen, die thatsächlich nicht eintreffen. In Wahrheit existirt ein Recht, besteht ein Gläubiger und dauert der Obligationsnexus ungestört weiter trotz Ermangelns der Legitimation.[164]) Ein Zustand subjectiver Ungewissheit wird dabei nicht selten sein.

Die Kehrseite der oben besprochenen Erscheinung bilden Fälle der Legitimation ohne Recht, wovon sehr wohl zu scheiden sind die Fälle der scheinbaren Legitimation (Identität, Indossament![165]) Wo nicht zu der Legitimation im Sinne von Ausweismitteln, guter Glaube und Gläubigerwille hinzukommen, giebt es kein Recht. Dieses Princip ist zu einfach, als dass es nöthig wäre, die einzelnen Anwendungsfälle genauer zu untersuchen.[166]/[67])

---

[162]) Hier greift Bekker's Theorie ein: »Ueberdies liegt darin, dass, wenn das Papier auf Zeit ohne Besitzer sein sollte, damit doch seine Kraft nicht unterginge, der neue Besitzer vielmehr wieder Gläubiger sein würde.« — (a. a. O. S. 282). Ueberhaupt lösen alle offenen oder stillen Inkorporationstheorien diese Schwierigkeit leicht.

[163]) Der Gedanke einer »Obligation« ohne Gläubiger, einer Obligation im Gegensatze zu »den einzelnen Obligationen« musste schon oben zurückgewiesen werden.

[164]) Vergl. z. B. Dernburg: Preuss. Privatr. § 226: »Der frühere Inhaber bleibt Gläubiger, auch wenn die Urkunde z. B. durch Brand, Schiffbruch u. s. f. zu Grunde geht; auch wenn ihm das Papier gestohlen wird, so lange dasselbe nicht in die Hand eines andern redlichen Inhabers übergeht.«

[165]) Vergl. o.

[166]) Vergl. dafür namentlich Goldschmidt, Z. VIII u. IX; ferner

Dass im Sinne der A.D.W.O. Legitimation nicht =Recht ist, kann auch durch äussere Wahrscheinlichkeitsbeweise wenn es deren noch bedarf, dargethan werden.

Zunächst ein flüchtiger Blick auf die Fassung des Preuss. Entwurfs, dessen § 36 dem gleichen Artikel der W.-O. genau entspricht. Es ist dort im § 27 von der Protesturkunde gesagt, dass ihr Besitzer „legitimirt" ist zum Regress und zur Klage, wobei doch zweifellos ein Scripturrecht der lediglich beweisenden Protesturkunde nicht angesonnen werden kann. Ihr Besitz kann also auf das Recht gewiss keinen Einfluss haben; es muss sich demnach um einen blossen Rechtsausweis handeln. Im Gegensatz zu beiden Paragraphen (27 und 36) heisst es dann in einem fast unmittelbar folgenden, dem § 38:

„Der Eigenthümer des Wechsels ist zur Annahme von „Theilzahlungen befugt."

Gewiss hat man nicht der erfreulichen Abwechslung zu Liebe hier das Wort „befugt" dem kurz vorhergehenden „legitimirt" folgen lassen.[168])

Eine gegentheilige Auffassung geht auch nicht, wie z. T. angenommen wird, aus dem Prot. XIV zum 6. XI. 67 zu § 36, S. 68 ff. hervor. Es wird hier ein Antrag referirt, dahin gehend, wegen dringender Verdachtsmomente, wie z. B. sichtbarer Rasuren, eine Leistungsverweigerungspflicht des Wechselschuldners zu statuiren, mit der Hinzufügung: „Dies müsste jedoch im Gesetz ausdrücklich gesagt werden, weil sonst aus dem Inhalt des § 36 auf eine unbedingte Verpflichtung desselben geschlossen werden könnte."

---

Thöl, H.-R. I. S. 686 flg.; Jolly, Arch. f. W.-R. II. S. 179; Hoffmann, Arch. f. W.-R. V, S. 288; Unger, Natur, S. 130; auch Kuntze, Inhaberpapiere, S. 456; Striethorst's Arch. Bd. XXXXIII, S. 20.

[167]) Wenn Goldschmidt, Z. XXXVI, S. 135, von der Eigenthumstheorie sprechend, von ihr einmal sagt: »mit ihrer scharfen Scheidung von Recht und Legitimation,« so ist zu bemerken, dass diese Eigenthümlichkeit der Eigenthumstheorie jedenfalls keine ihr ausschliesslich zukommende ist.

[168]) Vergl. auch Mot. S. XXXVIII.

Dieser Antrag, der überdies nur von Einer Seite erging, wurde indessen abgewiesen; er selbst stellt auch nur die Möglichkeit eines derartigen Schlusses hin; endlich dachte der Antragsteller wohl kaum an die theoretischen Folgen seiner Formulirung, als vielmehr an den positiv praktischen Inhalt. — Auch die allerdings sehr weitgehende Fassung der Verhandlungen der Leipziger Conferenz, „dass der Wechselinhaber ..... die Zahlung zu fordern und mit voller rechtlicher Wirkung in Empfang zu nehmen berechtigt ist, ohne dass auf die Echtheit der Indossamente etwas ankommt," zeigt durch den Schluss, worauf sie eigentlich hinaus will; der erstere Ausdruck ist sicherlich nicht premiert, vielmehr wird die durch ihn nahe gelegte theoretische Frage bis auf Weiteres mit Stillschweigen übergangen; dass sie nicht im gegnerischen Sinn entschieden wird, zeigt klar die sich daran anschliessende Ausführung.

## § 6.

# Recht und Befugniss.

Ehe zur Lösung des Problems, die sich in Folge der um seinetwillen — wenn auch hoffentlich nicht nur zu seinem Nutzen — angestellten allgemeinen Untersuchungen eher als eine einfache Consequenz herausstellen wird, übergangen werden kann, muss noch ein bis jetzt nur angedeuteter Punkt völlig erledigt werden. Soeben wurde Legitimation einerseits und Recht und Befugniss andererseits gegenübergestellt; jetzt soll noch einmal Recht und Befugniss gegen einander gehalten werden.

Jeder Schuldner verpflichtet sich nur dem Gläubiger gegenüber; daher ist nur dieser berechtigt und er nur diesem gegenüber verpflichtet.

Darin liegt nicht:
der Schuldner ist allein an diesen zu leisten verpflichtet, vielmehr nur: der Schuldner ist dem Gläubiger gegenüber verpflichtet zu leisten!

An wenn die Leistung im einzelnen Fall zu erfolgen hat, gehört zur speciellen, sehr verschiedenartigen Beschaffenheit, zum Inhalt der jeweiligen Leistung. Meist wird allerdings dem Gläubiger selbst geleistet; nicht selten aber auch einer dritten Person, und zwar nur einer der mehreren; einer im voraus bestimmten oder einer nicht bestimmten Person u. s. f. Sagt man, in den Fällen der letzteren Art werde in der Person des Dritten dennoch dem Gläubiger geleistet, so ändert dieser uneigentliche Ausdruck an dem thatsächlichen Verhältniss nichts; er erläutert nur, wieso durch Leistung an einem Dritten die Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber erfüllt wird.

Bei einem grossen Prozentsatz der Obligationen, entstehen in Bezug auf die Person des Leistungsempfängers selten Schwierigkeiten, indem dieselbe von vorn herein feststeht, oder sie zwar Anfangs unbestimmt in ihrer späteren Bestimmung aber bedeutungslos ist; so z. B. die Verpflichtung, hundert Menschen ein Geschenk zu machen. Ganz anders, wenn der Leistungsempfänger von vorn herein nicht individuell bestimmt, dennoch aber ein gewisser Theil seiner Persönlichkeit erheblich und fixirt ist.

Hiermit sind wir bei den Scripturobligationen angelangt; denn bei ihnen ist es und soll es unmöglich sein, im Voraus jeden künftigen gutgläubigen Erwerber mit dem Gläubigerwillen zu bestimmen oder zu wissen, welcher denn fordert oder fordern lässt, ob er selbst fordert oder einen anderen und welchen anderen er zum Leistungsempfang bevollmächtigt. Dieser Empfangsperson, mag sie zugleich berechtigt sein oder nicht, zu leisten hat der Schuldner sich verpflichtet. Es lässt sich von ihr noch sagen, dass sie nie eine andere Person ist, als der regulär oder irreguläre Legitimirte. Dass dieser nicht umgekehrt immer die Empfangsperson ist, ist oben schon nachgewiesen worden. Für den Willen des Schuldners, der

auch so acceptirt wurde, der Empfangsperson zu leisten, lässt sich ein strikter äusserer Beweis natürlich nicht erbringen.

## § 7.

# Die Hauptfrage und ihre Litteratur.

Nachdem im Vorhergehenden die Basis geschaffen worden ist, ja sogar schon die Hauptbausteine herbeigetragen sind, gilt es nun, auf Grund dieser Ergebnisse mit Hinzuziehung noch einiger wenigen allgemeinen Rechtsprincipien die Hauptfrage zu beantworten. Es fragt sich also: Ist der Schuldner aus Inhaber- und Wechselpapier berechtigt bezw. verpflichtet, dem legitimirten Inhaber des Papiers den Nachweis seiner Nichbefugniss zu führen?

Principien sind unsere hauptsächlichen Hülfsmittel, keine Gesetzesparagraphen verhelfen uns zum „ob“ oder gar zum „warum“; selbst das Gewohnheitsrecht versagt seinen Beistand; die Praxis hält sich im Hintergrund; und die wissenschaftliche Erörterung hat diesen Gegenstand nur eben gestreift. Soweit uns Meinungsäusserungen über die Frage bekannt geworden sind, sollen sie, der eigenen Ausführung, die im einzelnen auf sie zurückzukommen haben wird, vorausgehend, angeführt werden. Es sind folgende:

Gensler: Handbuch, 1821, Abt. V, § m: erkennt einen Gegenbeweis an!

Souchay: Ueber die Natur der auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen, 1827: erkennt keinen Gegenbeweis an.

Bender: Grundsätze des Handlungsrechts (1824—1828), Bd. II, Abt. I, § 341: Recht des Nachweises!

Mühlenbruch: rechtliches Erachten von 1836, mitgetheilt von Wachsmuth im „Magazin für Hannöversches Recht,“ Bd. IX, H. III, S. 371 ff: Recht des Nachweises und Pflicht der Einreden!

Liebe: Entwurf einer Wechselordnung für das Herzogthum Braunschweig, 1843. Zu § 49: kein Recht des Nachweises!

Gengler: Lesebuch des praktischen deutschen Privatrechts, 1852: kein Nachweis!

Jolly: Archiv für W.-R., Bd. II, 1852, S. 175 ff.

Derselbe: Archiv f. W.-R., Bd. IV, S. 40: Recht und Pflicht der Einrede!

Savigny: Das Obligationen-Recht, 1853. S. 136 ff. Nachweisrecht!

Renaud: Beitrag in Ztschr. für deutsches Recht, XVI, N. IX, 1853, S. 341 kein Gegenbeweis!

Walter: System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1855, § 258: Nachweisrecht!

Unger: Rechtliche Natur der Inhaberpapiere, 1857, S. 130 ff. Nachweisrecht und -pflicht!

Kuntze: Die Lehre von den Inhaberpapieren, 1857, § 137, S. 623 ff.: Kein Nachweisrecht!

Bekker: In seinem Jahrbuch für gem. R. S. 392 ff. Nachweisrecht nicht -pflicht, doch mala fides macht verantwortlich!

Hoffmann: Archiv f. W.-R. V. 1857, S. 260 ff. 297 ff.

Derselbe: Das. S. 395: Nachweisrecht und -pflicht!

Volkmar und Loewy: Ztschr. f. H.-R., Bd. II, 1859, S. 563 kein Nachweis!

Bluntschli: Deutsches Privatrecht. 2. Auflage, 1860. S. 323 und S. 324: widersprechend!

**Goldschmidt:** Ztschr. für H.-R. Bd. VIII und IX. 1865, 66; insbes. S. 332 ff.: Nachweisrecht und selten -pflicht!

Endemann: Lehrbuch des H.-R. 1868, S. 436: Nachweisrecht und -pflicht!

Foleville: traité des titres au porteur, 1875, S. 304 „jusqu'à preuve contraire"!

**Thöl:** H.-R., Bd. I, 6. Aufl. 1878: Nachweisrecht und selten -pflicht!

Goldschmidt: Ztschr. f. H.-R. XVIII, 1882, S. 67: Nachweisrecht aber keine -pflicht. „Die Pflicht hat er an sich nicht"!

Gierke: Ztschr. f. H.-R. Bd. XXIX, 1883, S. 262: Nachweisrecht und -pflicht „in weitem Umfange“!

**Brunner:** Endemann's Handbuch des H.-R., Bd. II. 1884, S. 211 ff.: kein Nachweis!

Beseler: System des gem. deutschen Privatrechts, 1885. S. 344 ff.

**Stobbe:** Handbuch des deutschen Privatrechts. Band III. 1855, § 179 ff.: Nachweisrecht und -pflicht!

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts, 1887, S. 194.: kein Nachweis!

Carlin: Ztschr. f. H.-R. Bd. XXXVI. 1889: Beweisrecht und selten -pflicht!

Goldschmidt: Ztschr. f. H.-R. XXXVI, 1889, S. 136 ff. Beweisrecht und selten -pflicht.

Dernburg: Lehrbuch des Preuss. Privatrechts 1889, S. 223! Nachweisrecht aber (?) keine -pflicht![169])

Berliner Kammergericht im Archiv f. W.-R., Bd. I, S. 207—211: Nachweisrecht!

Striethorst's Archiv. Bd. XXXXIII, S. 20: Nachweisrecht und -pflicht!

Preussisches Obertribunal vom 16. September 1854, im Archiv f. W.-R., Bd. V, S. 94 ff.: Nachweisrecht!

E. R. O. H. G. XVII, S. 159 vom 27. Februar 1875: kein Nachweis!

E. R. G. Bd. V, Nr. 20, vom 27. September 1881: Nachweisrecht!

Schwedische Wechselordnung vom 23. August 1851: kein Nachweis!

---

[169]) Ueber unsere Frage geben naturgemäss keine Auskunft die vor Gönner und Kind auftretenden Schriftsteller; aber auch die nachher hervorgetretenen übergehen meist die Frage; so insbesondere die Lehrbücher des Handelsrechts von Martens, (1820); Pöhls (1839), Brinkmann (1853), Gad (1863), Auerbach; Behrend; (vorletzter 1863, letzterer); 1886 Cosack (1888).

Englische bills of exchange Act. 1882, § 30 (2): Redet von der Möglichkeit des Nachweises!

Entwurf einer Wechselordnung für das Herzogthum Braunschweig. Motive zu § 49. (Siehe oben.)

Verhandlungen der Nürnberger Commission, mehrere zur A.D.W.-O. in Anregung kommende Fragen betr., S. L.: Nachweis in Form der Einrede!

Motive zum Entwurf eines Deutschen bürgerl. Gesetzbuches. Erste Lesung. 1888. S. 697. Kein Nachweis.

Sächsisches Gesetzbuch. §§ 1039—1048: verneinend!

## § 8.

# Insbesondere das Nachweisrecht.

Der in Frage stehende Nachweis richtet sich, wie aus den obigen Ausführungen[170]) unmittelbar hervorgeht, auf die Nichtbefugnis der Fordernden; ein Gläubigerrecht nimmt der Legitimirte ja gar nicht immer in Anspruch; Gläubiger und Empfangsperson, obwohl meist in einer Persönlichkeit vereinigt, sind principiell verschieden; dass der legitimirt Fordernde nicht Empfangsperson ist, sei es, weil er kein Recht, sei es, weil er keine Vollmacht, sei es, weil er keins von Beiden besitzt, muss das Ziel des Nachweises sein;[171]) seine Folge, falls es gelingt, ist Leistungs-Verweigerung; ein Nachweis ohne Effekt wäre nicht juristisch Diskutables.

---

[170]) S. o.

[171]) Vergl. Thöl, a. a. O. S. 689: »Es muss gegen ihn das vollständige Factum behauptet und bewiesen werden, aus welchem sich ergiebt, dass er in keiner Weise legitimiert (-befugt) ist.«

Goldschmidt: Z. IX, S. 62: »Vermag der Schuldner den Nachweis zu führen, dass der Inhaber des Papiers dasselbe weder als Eigenthümer, noch als Bevollmächtigter, des Eigenthümers inne habe, so würd er . . . . . die Zahlung ablehnen können.«

Ist der Schuldner zu diesem Nachweis berechtigt? Ist er dazu verpflichtet? Wir wenden uns zunächst zur Erörterung des Nachweisrechts und stellen sogleich fest, was damit gemeint ist. Die Frage kann nicht so gestellt sein: Ist der Schuldner dem Nichtbefugten gegenüber berechtigt, ihm seine Nichtbefugnis nachzuweisen? Denn das ist er selbstverständlich. Ferner nicht so: Ist der Schuldner dem Legitimirten gegenüber berechtigt, ihm seine Nichtbefugnis nachzuweisen? Das ist er gewiss, denn er hat gegen ihn keinerlei Pflichten. Auch nicht etwa so: Ist der Schuldner dem Gläubiger gegenüber berechtigt, dem Befugten seine Nichtbefugnis nachzuweisen? Das wäre ein innerer Widerspruch. Dagegen ist ausschliesslich[172]) in folgender Weise zu fragen: Ist der Schuldner dem Gläubiger gegenüber berechtigt, dem Legitimirten seine Nichtbefugnis nachzuweisen?[173])

Die ergiebigste Quelle von Rechten ist immer das Rechtsgeschäft, d. i. spezieller auf Begründung des fraglichen Rechtes abzielender Akt der Parteien. Auch im vorliegenden Falle wäre es denkbar, dass die die[174]) Obligation erst begründenden Parteien, der erste Geber und der erste Nehmer, eine dahingehende besondere Verabredung träfen, der Geber solle das Recht haben, dem Legitimirten seine Nichtbefugniss nachzuweisen. Ein derartiger Vertrag hätte zwischen den Parteien an sich volle Gültigkeit und Wirksamkeit. Da jedoch jeder Neuerwerber der Obligation eine selbstständige Forderung gewinnt,[175]) so wäre auf sie jener Nebenvertrag ohne jeden Einfluss. Wäre so Scripturobligation des Schuldners und ersten

---

[172]) Es ist nicht überflüssig, diese dialektischen Möglichkeiten, aber juristischen Unmöglichkeiten aufzuzählen, indem man gerade über die Fragestellung oft im Unklaren gewesen ist.

[173]) Hier zeigt es sich ganz klar, dass die eben aufgeworfene Frage für die Anhänger der Theorie, Legitimation sei gleich Recht gar nicht auftauchen kann, mithin die Untersuchung über ein Nachweisrecht von ihrem Standpunkt aus inconsequent ist.

[174]) Der inkorrecte aber kurze und anschauliche Ausdruck sei hier verstattet.

[175]) S. o.

Gläubigers eine inhaltlich nicht rein scripturgemässe, sondern schriftlich modifizirte,[176]) so muss doch die Scripturobligation zwischen Schuldner und Nachmann an sich eine scripturmässige sein. Daraus folgt indess weiter, dass, stünde eine derartige Abmachung auf dem Werthpapier vermerkt, — vorausgesetzt ein derartiger Vermerk wäre nicht im einzelnen Falle ungültig — auch dem weiteren Nehmer eines solchen Papiers gegenüber die Abmachung, weil scripturgemäss, gültig wäre. Liesse sich also eine solche Nebenbestimmung sehr wohl als Bestandtheil einer Scripturobligation, ja als scripturmässiger Bestandtheil aller einzelnen Scripturobligationen denken und durchführen, so wird man doch natürlich aus der Möglichkeit, ja selbst aus der gewohnheitsmässigen Verwirklichung, — selbst wenn sie vorläge, — ein allgemeines Nachweisrecht nicht ableiten können. Existirt ein solches allgemeines Nachweisrecht, so wird übrigens Parteiberedung überflüssig; man müsste gerade annehmen, die Partei wolle damit theoretischen Zweifeln vorbeugen.

Der Richter oder sonst eine mit rechtsbegründender Gewalt ausgestattete Behörde hat keine Gelegenheit und Berechtigung, in die betr. Rechtsverhältnisse einzugreifen, wie er doch in das Eigenthum, das Pfandrecht judicirend einzuwirken vermag. Ein das Nachweisrecht feststellendes Urtheil hat natürlich nur deklaratorische Kraft. Es versagt also auch diese rechtsschöpferische Kraft für die Lösung des Problems jeden Beistand. Die Lösung wird und muss sich ergeben aus dem allgemeinen objectiven Recht, aus dem Gesetz im weiteren Sinn. Besteht darnach der fragliche Satz, so bedarf es keiner besonderen ausdrücklichen Abmachung der Contrahenten[177]) wie überhaupt im Privatrecht die Partei einen bestehenden Rechtssatz direkt oder indirekt, indem sie ein

---

[176]) S. o.

[177]) Vielmehr bedürfte es einer solchen, um die Wirkung des Rechtsatzes auszuschliessen. Ob dies jedoch überhaupt möglich ist, m. a. W., ob es sich um einen dispositiven Rechtssatz handelt, soll unten noch kurz besprochen werden.

gewisses Institut mit einem Complex von Rechtssätzen zur praktischen Anwendung bringt, zu ergreifen pflegt. Der hier einschlagende Rechtssatz fliesst nicht aus speziell concipirtem Gesetz oder besonderem Gewohnheitsrecht; es handelt sich vielmehr um eine Rechtsconsequenz aus einem allgemeinen Prinzip des Obligationsrechts,[178]) das, so einfach es ist, hier nicht genug beachtet und gesucht worden ist. Der beinahe tautologisch klingende Grundsatz lautet: der Schuldner ist frei, so weit er nicht verpflichtet ist; daraus folgt, dass er jedem die Leistung verweigern kann, dem zu leisten er nicht verpflichtet ist; oder positiv: er braucht nur der Empfangsperson zu leisten; Empfangsperson oder Befugter ist aber nicht der Legitimirte. Im grössten Teile des Rechts erwachsen aus der Anwendung jenes Fundamentalsatzes so wenig Schwierigkeiten, dass seine namentliche Anführung als selbstverständlich unterbleiben kann.

Dass sich dies in dem kleinen Bereich der Scripturobligationen anders verhält, das zeigen offenbar die auffallenden Meinungsverschiedenheiten, die mit einer Besonderheit dieser Obligationen im Zusammenhang stehen müssen. Wir finden diese Besonderheit in der speciellen Natur der Legitimirung. Dies ist schon oben N. 175 angedeutet, soll sich aber gleich noch klarer zeigen.

Es gilt nämlich im ganzen Privatrecht ein zweites Hauptdogma, das ebenfalls selten hervorgehoben zu werden pflegt. Wer eine Befugniss geltend machen will, muss sie beweisen. Wie unendlich vielfach diese Beweise sein mögen, sie sind im Allgeinen der Art, dass ihr Ziel nur erreicht ist, wenn das zu Beweisende dem Belangten einleuchtet oder nach allgemeinen Begriffen einleuchten müsste; eine bestimmte äussere Grenze der Beweissmittel lässt sich jedoch so wenig ziehen, wie eine absolute Sicherheit des Beweises erreichen. Immerhin wird namentlich der Fordernde, will er anders die Zahlung erlangen, sein Möglichstes thun müssen, um jeden berechtigten Zweifel an seiner Befugniss zu beseitigen; der Schuldner, will

[178]) Vergl. o.

er anders einigermassen sicher befreit sein, nur leisten dürfen, wenn er thatsächlich (in concret) den Fordernden für befugt hält bezw. den Umständen nach halten darf. Man kann also im Allgemeinen auch im materiellen Recht von einer freien Beweiswürdigung reden, und es war hier der Theorie viel weniger nahe liegend, zu behaupten, wer dies oder jenes bestimmte Factum nachgewiesen hat, ist befugt, weil eben bestimmte Facta sehr selten festgestellt sind und das Reich der Präsumtionen und Fictionen wenig Provinzen hat. Anders vor allem in dem Gebiet der Scripturobligationen, wo bestimmte materielle Beweisvorschriften mächtig herrschen,[179]) hier hat jeder Befugte dieselben Mittel, nicht mehr und nicht weniger, als ein Anderer.

Ein Beweisbild für Alle; ein typischer, nicht individueller Beweis. Was lag nun näher, als folgender, thatsächlich vielfach gezogene, Fehlschluss: hat jeder Befugte dem Schuldner gegenüber nur ein typisches Beweismittel, redet ein Jeder dieselbe Sprache, zeigen Alle dasselbe Gesicht, kann ich als Schuldner den Befugten nur daran erkennen: so ist Jeder befugt, der dies Beweismittel bringt, so spricht, so aussieht. Man übersah, dass diese charakteristische Physiognomie in Wirklichkeit eine geschickt angefertigte Maske sein konnte. Und wahrhaftig, Geschick oder guter Zufall gehörte dazu, um diese Maske täuschend nachzuahmen oder zu erhalten; doch unmöglich war es nicht und wer die Beweismittel in Händen hatte, sollte in den Augen dieser Theoretiker die Befugniss besitzen! Dass Niemand den Trugschluss augenscheinlich sehen liess, versteht sich von selbst; man modelte daher an der Voraussetzung und erklärte: es handle sich garnicht um Beweismodificationen und -Consolidationen, sondern um Statuirung der Befugnisse selbst; der sog. Legitimirte sei in Wirklichkeit der Befugte. Diese Wendung dürfte an und für sich oben schon genügend widerlegt sein.[180]) Das Richtige und Einfachste im Gegensatz zu dieser Verwechselung und

[179]) Vergl. o.

[180]) S. o.

zu gewissen künstlichen oder äusserlichen Erklärungsversuchen,[181]) ist und bleibt, dass die Legitimirung trotz ihrer Besonderheiten nichts Anderes ist, als ein Nachweis und dass daher, wenn der Schein nicht der Wirklichkeit entspricht, die Reaction in Gestalt des Gegenbeweises, durchaus möglich ist.

Im Gegensatz zu dieser letzteren Folgerung hat man dieselbe, unter Beibehaltung der als richtig anerkannten Voraussetzung, dadurch theilweise aufheben wollen, dass man eine sog. gesetzliche Fiction[182]) einführte, theils abzuschwächen versucht, indem man zu einer Präsumtion im technischen Sinne[183]) griff.

---

[181]) S. u.

[182]) Dieser Ansicht ist Renaud a. a. O. S. 341 (»unumstössliche Vermuthung!«); und im Grunde genommen auch Brunner, a. a. O. S. 211: »es besteht nicht etwa eine durch Gegenbeweis zerstörbare Präsumtion, dass er zur Ausübung des Rechts befugt sei. Der Schuldner ist berechtigt und verpflichtet, dem Präsentanten zu leisten« Er fügt zwar begründend hinzu: »Allein diese Consequenz ist gewollt, sie ist in dem Wortlaut des Papiers ausgesprochen und ist geschichtlich begründet.« Jedoch

1) Dass die Parteien die für sie theils gleichgültige, theils schädliche und für den Verkehr unnütze Wirkung gewollt haben ist gewiss nicht anzunehmen. Dass sie die Consequenz ihres wahren Willens (also stillschweigend) als unvermeidlich mit in den Kauf genommen hätten, ist, wie sich zeigen soll, nicht der Fall;

2) Dass der Wortlaut des Papiers nichts verschlägt, ist schon oben gezeigt worden;

3) Dass geschichtlich gewisse Institute diese Eigenschaft hatten, wenn es der Fall ist, bildet allein keinen Beweis, insbesondere in Anbetracht der raschen Entwickelung der Scripturobligationen, wenn nicht zugleich bewiesen wird, dass die Institute genau dieselben, oder die Verhältnisse sich gleich geblieben sind, oder die Entwicklung hier stillgestanden hat. Von dem Allen ist vielleicht eher das Gegentheil der Fall. — Will also Brunner consequent seine Ansicht festhalten, so muss auch er wohl zur Fiction greifen.

[183]) So insbesondere: Savigny, a. a. O. Unger: a. a. O. S. 129. Walter: a. a. O. S. 93 u. a. m.

Einen Beweis hat man für beide Annahmen nicht beigebracht; ein solcher ist überhaupt in dieser Lehre nicht immer leicht; man glaubte genug gethan zu haben, wenn die Erscheinungen hinreichend gedeckt erschienen. Böte sich nun für diese eine einfachere und rationellere Erklärung, als die auf dem Gebiete des materiellen Rechts immer etwas gekünstelte Präsumtion sie bringt, so wäre diese vorzuziehen. Gelingt sie, so ist zugleich die Untersuchung gefördert.

Im Vorhergehenden wurde festgestellt, dass während im Allgemeinen keine feste Grenze in den Nachweismitteln der Befugnis des Fordernden besteht, eine solche bei der Scripturobligationen gezogen ist. Dieser wichtige Unterschied soll jetzt namentlich in Bezug auf Prüfungsrecht und Nachweisrecht nutzbar werden.

Es kann nämlich im Allgemeinen eine Beweisthätigkeit in folgender zwiefachen Weise stattfinden. Entweder es wird der Fordernde thätig, oder der Schuldner setzt seine Thätigkeit, sei es selbstständig, sei es mit Hülfe dritter, in Bewegung, während der Schuldner unthätig bleibt; beide Arten sind erklärlich und gerechtfertigt; auch können sie Hand in Hand auftreten; die Grenze dafür, welche Reihe von Thätigkeiten zu erfolgen hat, in welchem Masse jede von beiden, und in welchem Verhältnis beide stehen, bildet eben das Resultat der Glaubhaftmahnung ganz im Unbestimmten und Allgemeinen. Für die eine Beweismittelreihe, für die Thätigkeit des Fordernden, bestehen, was das minus und das plus betrifft, gesetzliche Beschränkungen. Hier waltet, wie gezeigt, ein ganz bestimmtes und eng begrenztes Mass von Handlungen ob. Ein plus kann von keiner Seite verlangt werden. Also aus diesem inneren Grund bleibt nur noch Raum für die andere Beweismittelreihe, für die Thätigkeit des Schuldners mit oder ohne Beihülfe Dritter, jedenfalls ohne Officialmitwirkung des Fordernden. Wie steht es nun damit?

Im Gegensatz zum Fordernden, der wesentlich Ein materielles Interesse vertritt, nämlich die Leistung zu erhalten, hat der Belangte deren zwei: In erster Linie will er nur

leisten, wenn er muss, in zweiter Linie, wenn nämlich festgestellt ist, dass dem so ist, kommt es ihm darauf an, von der Forderung durch die Leistung wenigstens befreit zu werden. Im Dienste dieses zweiten Interesses werden seine Beweismittel denen des Fordernden meist parallel gehen, indem er nämlich dessen Befugnis zu erweisen sucht; dem ersten vorhergehenden Interesse zu Liebe werden seine Beweismittel denen des Fordernden geradewegs zuwiderlaufen. Seine Beweise werden nämlich im Gegensatz zum Fordernden dessen Befugnis erzielen wollen: Muss der Belangte nicht leisten, so muss er auch dem Fordernden nicht leisten u. s. f. Hier lässt sich von Neuem, wenn wir wiederum die Anwendung auf das vorliegende Institut machen, die Genialität des Gesetzes, oder besser: des Verkehrs bewundern. Nämlich jene oben[184]) definirte Legitimirung, bestehend in einer Thätigkeit des Fordernden hat zugleich die Eigenschaft, die beiden oben bezeichneten materiellen Hauptinteressen des Belangten so erfolgreich zu vertreten, dass sie dafür die sog. zweite Beweismittelreihe, bestehend in einer Thätigkeit des Belangten, völlig ersetzt und entbehrlich macht. Die Legitimation, wenigstens die normale im Sinne von Legitimationsmitteln, ist nämlich einmal so gestaltet, dass sie garnicht vorliegt, wenn nicht ein Forderungsrecht überhaupt vorhanden ist: Ohne Werthpapier keine (normale) Legitimation; ohne Werthpapier keine Scripturforderung.

Ferner besteht dem Wesen der Scripturobligation zu Folge[185]) die gesetzliche Vorschrift, dass Leistung nur in der gehörigen Form liberirt; zur Erfüllung dieser Form liefert aber die blosse Legitimation (im Gegensatz zur Befugnis) schon die Mittel.

Es hat sich also ergeben, dass, was den Nachweis der Befugnis betrifft, von Seiten des Fordernden durch die Legitimirung Alles geschehen ist, was geschehen kann, und durch

---

[184]) S. o.

[185]) S. o.

dieselbe zugleich, was die materiellen Hauptinteressen des Belangten betrifft, eine Thätigkeit dieses Letzteren überflüssig erscheint, wäre somit mehr bewiesen, als es sollte, nämlich nicht nur, dass Legitimation im einzelnen Fall höchst wahrscheinlich gleich Befugnis ist und sein muss, ohne künstliche Präsumtion zu Hülfe zu nehmen, sondern auch, dass ein Gegenbeweis Seitens des Schuldners unstatthaft wäre. In der That wird die letztere Consequenz von Manchen gezogen. Ihnen zu Folge besteht kein Gegenbeweisrecht des Schuldners aus Mangel eines Interesses. Aus diesem, wie sich nachher zeigen soll, nur scheinbaren Dilemna hilft auch nicht die uns hier begegnende Meinung, jenes rechtlich zu schützende Interesse sei darin zu suchen, dass der Belangte das Interesse des „wirklichen Gläubigers" zu vertreten habe. Ehe wir die Existenz einer derartigen Interessentenvertretung in Betracht ziehen, sei darauf aufmerksam gemacht, dass eine solche nur dann sich zum materiellen Rechtsinteresse des Belangten umwandlen könnte, wenn mit der Nichtvertretung an sich materielle Nachtheile dem Gläubiger gegenüber verbunden wären, mit a. W., wenn der Belangte dem Gläubiger gegenüber eine Rechtspflicht des Nachweises gegen den unbefugt Fordernden hatte. Dass diese Rechtspflicht nicht existirt, soll unten im zweiten Theil der Hauptfrage zur Argumentation gelangen.[186])

Aber auch abgesehen vom Vorhandensein eines materiellen Interresses, dem Stützpunkt dieser Ansicht, ist eine Construction des Vertretungsrechts nicht erfindlich.[187]) Aus einem Interesse allein, angenommen es bestände, kann sich doch kein Recht aufbauen. Von besonderen Fällen, wie etwa Vormundschaft, Erbschaftsvollstreckung, speciellem Mandat, specieller negotiorum gestio im technischen Sinn, muss man

[186]) S. u.

[187]) Dass einzelne Fälle des denkbaren Interessenvertretungsrechts nur die Kehrseite entsprechender Fälle der Vertretungspflicht sind, kann uns nur für späterhin die Untersuchung erleichtern, nicht sie hier entbehrlich machen.

natürlich absehen; dass der gemeine Schuldner an sich für die Interessen des Gläubigers zu sorgen berechtigt wäre, wird wohl Niemand behaupten wollen. Es bliebe also eventuell nur eine Besonderheit der Scripturobligation übrig, um dieses Vertretungsrecht aufrecht zu erhalten. Allein, es liegt weder ein Grund vor ein stillschweigendes Mandat der Interressenvertretung zu statuiren, noch ist es dogmatiseh denkbar, mit Fug von einer negotiorum gestio[188]) zu reden. — Noch weniger ist der Ausdruck eines Privatrechts in der Befugnis zur Criminalanzeige und der Zurückhaltung zu diesem Zweck zu finden.

Um wieder auf die Interessentenfrage zurückzugehen, so liefert uns jedenfalls die eben berührte Meinung in der Vertretung des „wirklichen Gläubigers" kein materielles Interesse des Schuldners. Aber bedürfen wir denn überhaupt eines materiellen Interesses zur Stütze eines Rechts?[189]) Die

---

[188]) Etwas der Art kann man in der Annahme finden, der Schuldner müsse und dürfe auf blosse Privatanzeige hin die Zahlung sistiren. Andere wollen allerdings nur von einer Pflicht zur Sistirung geredet wissen, in dem Sinne, dass die Zahlung trotz Anzeige den Schuldner in malam fidem setze. Eine derartige Annahme macht z. B. Savigny a. a. O. S. 136 ff. — Eine negotiorum gestio im technischen Sinn statuirt insbes. Kuntze, a. a. O. S. 367 ff. und sieht sie allein im gelungenen Nachweis. Er erkennt für diesen Fall den Schuldner die activ contraria gegen den Gläubiger zu. Jedenfalls hat diese an sich unbestreitbare Möglichkeit mit einem Nachweisrecht nichts zu thun.

[189]) Obwohl Thöl a. a. O. das Nachweisrecht nicht darauf zurückführt, scheint er doch eines Interesses zu benöthigen und sieht dasselbe einseitig in der Wahrung des Interesses des »wahren Gläubigers.« Aber im Widerspruch steht damit Thöl's eigene Aeusserung (Anm. 7): »wäre dies (dass er kein Nachweisrecht hätte), so würde die Vermuthung des Gläubigers ihm (dem Schuldner) gegenüber eine Fiction sein und zwar zu seinem Nachtheil.« Also hätte er ein eigenes Interesse. Oder soll dies Interesse den Grund in einer Nachweispflicht haben? aber bei einer gesetzlichen Fiction kann davon nicht die Rede sein. Auch sagt Thöl selbst: »Der Schuldner ist nicht verpflichtet, das Interesse des »wahren Gläubigers« zu wahren«. —

Anderer Meinung auch Motive zum Entw. D. B. G. B. a. a. O.: »Der Aussteller hat daran, an wen er zu leisten hat, . . . . . kein berechtigtes Interesse«. —

Antwort lautet einfach: Nein! und so löst sich die scheinbare Schwierigkeit in äusserst einfacher Weise:

Das Recht verleiht seinen Schutz nicht nur um materieller Interessen willen, wenn es ihn auch wegen unerlaubter oder unwürdiger Zwecke versagen kann. Der Mangel eines nothwendigen materiellen Interesses darf uns daher nicht verleiten, einem an sich begründeten Rechte die Anerkennung zu versagen.

Uebrigens, obwohl es nebensächlich ist: Der Schuldner kann im einzelnen Fall durch besondere Umstände sehr wohl ein materielles Interesse haben, es kann für ihn z. B. eine Belohnung des Gläubigers zu erwarten sein, oder der Acceptant eines Wechsels hat noch keine Deckung und fürchtet, sie zu verlieren oder nur mit Schwierigkeiten zu erlangen, wenn er an den Unbefugten zahlt; Aehnliches kann in Bezug auf Regressrechte vorliegen. Hier zeigt sich auch die practische Undurchführbarkeit der Ansichten, die kein Recht ohne zu Grunde liegendes materielles Interesse anerkennen. Denn es würde zu Unträglichkeiten führen, müsste man jedesmal untersuchen, ob ein materielles Interesse vorliegt oder nicht[190]), und danach das Nachweisrecht zulassen oder ausschliessen. Oder will man auch hier fingiren? Ein ideelles Interresse liegt aber jedenfalls immer vor, ein hochbedeutsames sogar. Auch dieses hat man auf der eifrigen Suche nach einem Interesse zum Grund des Rechts erheben wollen.

---

(Auch Mühlenbruch a. a. O.). —

Ferner Kind: quaest. forens, edit II. Bd. III (1807) cap. 48: »num exhibitor iusto titulo instrumentum nactus fuerit nec debitori subdubitandi causa prodesse potest, quia possessor instrumenti iure legitimus prassumitur ac debitor iustitiam tituli in dubitationem vocans non de suo sed de iure tertii excipit«. Kind beruft sich auch auf die, jedoch schwankende, Rechtssprechung d. O. A. G. Dresden. — Vgl. auch Kuntze, a. a. O. p. 623 u. 627.

[190]) Mit Recht sagt Goldschmidt, Z. 36, S. 36: »Ob derselbe ein thatsächliches Interesse hat, ist freilich thatsächliche Frage; sein rechtliches Interesse in abstracto ist gar nicht zu bezweifeln«.

Dieses Interesse ist die Ehrlichkeit des Verkehrs und die Erfüllung der materiellen Gerechtigkeit, auch der Strafgerechtigkeit.[191])

Wie dem auch sei, wir bedürfen zur Construction des Wechselrechts keines Interesses, weder eines materiellen noch eines ideellen. Auch ohne das wird hoffentlich feststehen, dass nichts in Gesetzes- und Rechtsconsequenz dagegen spricht, dem Schuldner im Prinzip ein Verweigerungsrecht gegen den Unbefugten, wenn auch Legitimirten, zuzugestehen.

Eine weitere Beweisthätigkeit des Fordernden als die Legitimirung im technischen Sinn kann nicht verlangt werden; der Belangte muss demnach mit dem Beweis vorgehen und zwar wird dieser Beweis, da Liberationsinteressen nicht vorliegen, allermeist eine Gegenbeweisthätigkeit sein. Dabei versteht es sich, dass der Beweis, um als Gegenbeweis Wirkung zu haben, wirklich den positiven Beweis des Gegners aufheben muss. Mit einem blossen Versuch, einem Wahrscheinlichkeitsbeweis, wäre nichts gethan, und es ist nichts besonderes dieser formell übrigens ganz freien Beweise. Nur stehen auch sie bis zu einem gewissen Grade unter den Prinzipien des Instituts, dem sie dienen, insbes. den Grundsätzen der Schnelligkeit, Leichtigkeit, Sicherheit.[192]) Wie sich jedoch diese Prinzipien weder strict nachweisen noch scharf umgrenzen lassen, so auch viele der aus ihnen hergeleiteten Sätze. Es wäre verschwendete Mühe, wollte man genau zu bestimmen unternehmen, wie der Beweis geführt werden muss, und in welchen Fällen er erbracht werden kann. Nur soviel sei festgestellt, wie auch von den meisten Seiten sehr richtig hervorgehoben wird: Der Beweis muss, um wirksam zu sein, liquid, d. h. sofort klar und evident sein.[193])

---

[191]) Beseler, a. a. O. geht so weit, dieses »Interesse der Strafrechtspflege« zum einzigen Grund der Zahlungsverweigerung zu machen.

[192]) S. o.

[193]) Dagegen lassen blossen Verdacht genügen: Mühlenbruch a. a. O. S. 372, 374 . . . . . («wenn ein Grund vorhanden ist, welcher es auch nur zweifelhaft macht«). — Savigny, a. a O. »in zweifelhaften

Der Gläubiger — denn er könnte und wird meistens der Legitimierte sein oder hinter ihm stehen — braucht sich (materiellrechtlich) auf kein Separatverfahren einzulassen; er braucht keine auch noch so kurze Frist verstreichen zu lassen, so wenig, wie er bekanntlich irgend welche weitere als die Legitimirungsthätigkeit zu entwickeln braucht. Wird ihm dennoch die Zahlung vorenthalten, wird er in einen Prozess verwickelt, verstreicht eine Frist, sieht er sich veranlasst, auf Verlangen des Schuldners weitere Beweismittel zu bringen, so geschieht dies Alles auf Gefahr des Schuldners insbesondere wird sich dieser wegen dolus bezw. mora solvendi ersatzpflichtig machen.

Stellt sich allerdings heraus: Der Fordernde ist nicht Befugter, so ist dem Schuldner das Wagnis gelungen; ein Wagnis bleibt es immer, eine Gefahr, grösser oder geringer,

---

Fällen.« —Beseler, a. a. O. (»unter verdächtigen Umständen«). — Walter, a. a. O., § 258. — Brunner (implicite: »wenn Thatsachen vorliegen, welche in dem Zahlenden das Bewusstsein erzeugen müssen«, «wenn er annehmen muss, dass . . . . .« vergl. auch Damhouder, praxis rerum civilium cap. 97. I: nulla procuratio est necessaria illi qui schedulam obligatoriam adfert, quae expresse hunc articulum continet: nissi fortassis suspicio esset ipsum alatorem eas literas iniuste, impetrasse«. In diesem Falle hat er selbst den Gegenbeweis zu führen.

Ferner: Württembergisches Ges. vom 16. IX. 1852, § 15 (inhaltlich in Bezug auf Staatsschuldscheine).

Hannoversche Verordnung vom 20. I. 1826, § 12 (bei Mühlenbruch, a. a. O.);

Das bei Wolff, Arch. f. W. R. XII angeführte englische Recht.

Anderer — richtiger — Ansicht sind:

Bluntschli, a. a. O. S. 324:

(»Der blosse Verdacht ist nicht genügend:)

Hoffmann: Archiv für Wechselrecht, S. 398.

Stobbe: a. a. O. § 179.

Gierke: Z. XXIX. S. 262.

Goldschmidt: Z. VIII S. 335: («blosser Verdacht genügt nicht«).

Vergl. auch Protokolle der Nürnberger Conferenz.

S. 68 ff. XIV. Berathung vom 6. XI. 67 zu § 36 der W. O.

(Ein Nachweisrecht bezw. -pflicht wegen dringender Verdachtsmomente (Rasuren u. s. w. wird abgelehnt.)

drohender oder entfernter, je nach der Grösse des event. Schadens und der Stärke der Beweise. Die Gefahr ist erst dann ausgeschlossen, wenn eine Nichtbefugnis evident erwiesen werden kann und wird. Wir haben es hier also mit dem merkwürdigen Fall zu thun, dass ein Recht in den allermeisten Fällen nur mit Gefahr geltend gemacht werden kann. Nichtsdestoweniger ist ein Recht vorhanden und nicht von dem Erfolg seiner Ausübung abhängig; es ist daher unrichtig, wenn man die Wirksamkeit des Beweises[194]) mit der Begründung des Rechts vermischend, dieses letztere nur bei Liquidität zugestehen will. Der Schuldner hat dem Gläubiger gegenüber ein Recht, jeden Nichtbefugten zurückzuweisen, weil er zum Gegentheil keine Pflicht hat, das wurde oben in Kürze schon festgestellt; hier kann zugefügt werden, er hat ein derartiges Recht ebensogut jedem Dritten gegenüber, ähnlich wie der Eigenthümer gegen jeden Nichteigenthümer ein Verbietungsrecht. Beide Rechte kann man ebensowohl Nichtpflichten nennen. So stellt sich denn als schliessliches Resultat heraus: Der Schuldner ist nicht verpflichtet, einem Nichtbefugten zu leisten. Fordert daher ein, wenn auch legitimirter, Nichtbefugter Leistung, so darf ihm der Schuldner die Leistung verweigern, indem er ihm seine Nichtbefugniss nachweist. Soll dieser Nachweis in der formell ungebundenen Form des Gegenbeweises sicheren Erfolg haben, so muss er liquid sein. Die prozessualische Seite gehört nicht hierher; die praktische soll am Schlusse noch in Betracht gezogen werden.

Ehe zur Betrachtung einer Nachweispflicht übergegangen wird, sollen die vorhandenen Haupterklärungsversuche des Nachweisrechts kurz gewürdigt werden. Leider beschränken sich dieselben allermeist auf eine Andeutung oder ein Stichwort.

1) Eine ganze Reihe von Schriftstellern stellt das Recht (und die Pflicht) des Nachweises auf ein in der That nicht immer vorhandenes Interesse. Davon wurde schon gehandelt.[195])

---

[194]) Vergl. o.

[195]) S. o.

2) Auf die „bona fides“, „æquitas“, „Bedürfnisse des Verkehrs“ u. s. f. führen die Erscheinung zurück, betrachten sie also als eine Ausnahme vom Princip, von der „starren Consequenz“: Mühlenbruch, a. a. O.; Jolly, Archiv f. W.-R. II, S. 175; Endemann a. a. O., S. 436 („allein es wäre ungerecht“); Carlin a. a. O. („eine juristische und moralische Ungeheuerlichkeit wäre das Gegentheil“). Damit ist nichts erklärt.

3) Den einseitigen Willen des Fordernden betrachtet Thöl a. a. O., S. 683: „Denn dieser Wille ist nothwendig unredlich, ist rechtlich unmöglich.“ Jedoch ist dieser Wille weder nothwendig unredlich, denn er kann z. B. auf dem Irrthum, befugt zu sein, beruhen, noch ist er deswegen „rechtlich unmöglich“, noch auch wird daraus ein Nachweisrecht des Schuldners direkt erklärlich.

4) Auf besondere Art argumentirt das Preuss. Obertribunal (Striethorst's Archiv XXXXIII, S. 20): „Er darf die Zahlung an den Inhaber verweigern, weil er selbst betrüglich oder fahrlässig handeln würde“. Allein einmal begründet dieses betrügliche (nicht auch das fahrlässige) Handeln nur eine Ersatzpflicht;[196]) ferner: wenn auch eine wahre Nachweispflicht bestünde, so entbehrt es doch jeden inneren Zusammenhangs, daraus ein Nachweisrecht abzuleiten, wenn man nicht, wie oben[197]) angedeutet, hier mit dem Interesse operiren will; wäre dies die Meinung, so gehörte die Ansicht des Tribunals zu den unter 1) angeführten.

5) Als eine besondere Meinung kann hier vielleicht, obwohl sie sich auch auf die Nachweispflicht erstreckt, folgendes angeführt werden:

Man hat Nachweisrecht und -pflicht, indem man sie theils ab-, theils anerkannte, ein Einrederecht bezw. -pflicht genannt, sie mit den Einreden im technischen Sinn auf eine Stufe gestellt und mit besonderer Vorliebe als exceptio doli betrachtet.[198])

---

[196]) S. u.

[197]) S. o.

[198]) Vergl. Jolly: Arch. f. W. R. II, S. 172 ff. — Bekker: a. a. O.

Allein eine Einrede setzt, wie als die durchaus herrschende Meinung angesehen werden kann, einen an sich bestehenden Anspruch des Fordernden voraus, der nur aus irgend einem Grunde zurückweisbar ist. Richtet sich jedoch, wie hier, der Gegenbeweis gegen das Bestehen der Befugniss selbst, so ist darin eine Einrede nicht zu erblicken. Die Kategorie der Einrede hat sich naturgemäss namentlich für diejenigen sehr brauchbar erwiesen, die das Recht in der Legitimation sahen, jedoch nicht die vollen Consequenzen ihrer Ansicht zu ziehen wagten.

---

## § 9.

# Insbesondere: Die Nachweispflicht.

Wir kommen jetzt zum zweiten Haupttheil der Hauptfrage: Hat der Schuldner aus einer Scripturobligation auf Inhaber oder an Order eine Pflicht, dem legitimirten Inhaber des Papiers seine Nichtbefugniss nachzuweisen? Von den verschiedenen Möglichkeiten der Begründung darf für die spezielle Abmachung und die richterliche Verfügung auf die analogen Ausführungen betreffs des Nachweisrechtes

---

S. 394. — Mühlenbruch: (was die Pflicht betrifft) a. a. O., S. 374. — Ob die Nürnberger Conferenz wirklich u. s. w. »eine wirkliche Einrede des Zahlungspflichtigen, welche nach Art. 82 der Wechsel-Ordnung aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen ist« statuiren will? Vielleicht handelt es sich in der Conferenz eher um Betonung der Aetithese gegen: »indessen ist in diesem Fall nicht eine blosse Prüfung der Legitimation des Wechselinhabers in Frage«, und dagegen, dass der Gegenbeweis (wie natürlich) an sich nur gegen den Betreffenden selbst, nicht seinen Nachmann gerechtfertigt ist.

Es handelte sich dann nur um eine indirekte Fassung. — Für die richtige Ansicht vergl. Goldschmidt, Z. VIII, S. 324: »eine blosse Negation des in der Klage behaupteten Forderungsrechtes aus dem Wechsel.«

angewiesen werden. Das Resultat wird ein entsprechendes, also für die Lösung des Problems negatives sein; es bleibt als Eventualität die gesetzliche Begründung einer Verpflichtung. — Es handelt sich wiederum um drei und zwar dieselben Personen: den Schuldner, den Gläubiger und den legitimirt Fordernden.[199])

Es wird gefragt, ob der Schuldner die Pflicht hat, dem Fordernden seine Nichtbefugniss nachzuweisen, der Gläubiger das Recht, eine derartige Thätigkeit vom Schuldner zu verlangen. Geschriebene Gesetze und Gewohnheitsrecht können uns auch hier nicht helfend zur Seite stehen; unser Augenmerk richtet sich wieder prüfend auf die Rechtskonsequenz und zwar unserer Auffassung von den Scriptur-Obligationen zufolge[199a]) auf die Fundamente des Forderungsrechts.

Die einschlagenden Fundamentalsätze sind schon theilweise bei Gelegenheit des Nachweis*rechtes* zu erwähnen gewesen. Der Schuldner ist dem Gläubiger gegenüber insoweit frei, als er nicht gebunden ist. Eine Gebundenheit ist nur insofern vorhanden, als sie entstanden ist. Wie sollte eine Nachweispflicht entstanden sein?

Von den Möglichkeiten speziellen Vertrags und richterlicher Verfügung ist natürlich hier nicht mehr zu sprechen. Aber gegen das Entstehen einer gesetzlichen Verpflichtung spricht der bei den Scripturobligationen geltende Grundsatz der Strenge..... Nach ihm gehen sie genau auf das Versprochene, in genau bestimmter Form, ja bei manchen am genau bestimmten Ort und zu ganz fester Zeit.[200]) Dagegen besteht, wie von fast allen

---

[199]) Die Vormänner oder dritte Personen hereinzuziehen, kann keinen unmittelbaren Einfluss auf die Bestimmung der Pflicht gegen den Nachmann ausüben. Wegen der event. Regresspflichten jener eine Nachweispflicht gegen den Fordernden zu statuiren, ist wohl nicht statthaft. Höchstens ein Interesse für den Schuldner liesse sich daraus ableiten. (A. M. Goldschmidt: Z. VIII, S. 334.)

[199a]) Sie unterliegen soweit den allgemeinen Sätzen, als nicht spezielle Sätze oder Principien Besonderheiten begründen.

[200]) Gegen die Annahme einer Vertretungspflicht des Schuldners vergl. die analogen obigen Ausführungen.

Seiten rückhaltslos anerkannt wird, eine Diligenzpflicht nicht; trotzdem spricht man vielfach von einer Verantwortlichkeit für (Arglist und) grobe Nachlässigkeit und in Folge dessen auch von einer Nachweispflicht für die Fälle, wo das Unterlassen des Nachweises eine grobe Nachlässigkeit wäre. Zu prüfen, inwiefern jene Prämisse richtig ist, insbes. weiter, ob diese Folgerung sich rechtfertigt, soll die Aufgabe der noch folgenden Untersuchung sein. Dazu muss wieder etwas weiter ausgeholt werden; es ist wiederum nicht zu umgehen, auf einige allgemeine Sätze einzugehen, wobei deren Besprechung ihrer Stellung nach mehr die Form einer Skizzirung als die einer völlig abgerundeten und quellenmässig gestützten Argumentation annehmen muss.

Soviel man im Strafrecht den Begriff des Vorsatzes besprochen hat, so wenig hat man sich im Gebiet des Privatrechts mit der genaueren Umgrenzung des dolus befasst. Der Dolusbegriff wurde gewöhnlich als etwas gemeinverständliches und juristisch schwer bestimmbares kurz angedeutet, um dann sofort zu der oft und eingehend behandelten Lehre von der culpa überzuleiten. Gab es auch hier einen „Grad," die culpa lata genannt, der, wie die Quellen sagen, dem dolus sehr nahe kommt, so schied man doch begriffsmässig diese culpa lata dolo proxima vom dolus, identificirte den dolus der Römer mit unserer Arglist und schied davon die culpa lata, wie die übrigen Abstufungen der culpa.

Diese Auffassung ging auch in die meisten neueren Gesetzbücher über und ist noch heute die herrschende zu nennen.

Der Erste, der hier einen entscheidenden Schritt wagte, indem er dabei zugleich einen für das gesammte Recht, wenn auch insbes. für das Strafrecht bestimmten umfassenden Begriff der Arglist statuirte, ist wohl Binding gewesen. In seinem geistvollen und anregenden Werke über die Normen[201]) hat B. nachzuweisen unternommen, dass die culpa lata eine

[201]) Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. II. Bd.: Schuld u. Vorsatz. Leipzig 1877.

Abart der Arglist sei.[202]) Jedenfalls hat er zu diesem Behuf den Begriff der Arglist scharf umgrenzt: Ob lata culpa der Quellen wirklich Arglist sei oder nicht, ist für uns an dieser Stelle nur von indirecter Bedeutung. Redet ein modernes Gesetz von dolus oder Arglist und culpa lata, so ist es nicht unwahrscheinlich, dass die quellenmässigen Ausdrücke auch den quellenmässigen Sinn haben, also nach Binding beide Arglist bedeuten. In der überwiegenden Anzahl der Fälle jedoch, ferner wohl immer da, wo das Gesetz von „grober Fahrlässigkeit", von „krasser", „grober" „Schuld" spricht, wird Schuld im engen Sinn gemeint sein; es ist, selbst wenn die B.'schen Ausführungen völlig begründet wären, dadurch für unsere Untersuchung die Berücksichtigung einer sog. groben Nachlässigkeit, nicht erspart. Andererseits darf man jedoch auch nicht da, wo von Arglist die Rede ist, ohne Weiteres die culpa lata im Sinne von grobe Nachlässigkeit als mitgemeint betrachten. Auf Haftung für grobe Nachlässigkeit und Arglist ist unser Institut demnach getrennt anzusehen, zuvor aber der Begriff der Arglist zu skizziren.

Der juristische Thatbestand der Arglist enthält ein doppeltes Moment, ein objectives und ein subjectives.[203])

1) Das subjektive ist:

a) intellectuell: das Wissen,

aa) von Unerlaubtheit,

---

[202]) A. a. O. S. 271: »Die culpa lata hat mit der culpa gar keine, mit dem dolus malus die grösste Verwandtschaft, ja sie muss nach der heute allein noch zulässigen Auffassung des Vorsatzes einfach als Theil desselben gefasst werden.«

A. M. Hasse, die culpa, S. 84. — Wächter, Privatr. II, S. 780 ff. — Pernice, Labeo, S. 337 ff. — Mommsen, Erörterungen II, S. 198. — Windscheid: § 101, Art. 10. — »Was die »culpa« von »dolus« unterscheidet, ist stets der Mangel des gemeinen Motivs.« (Binding: a. a. O. S. 346.) — Die Stufenbildung von culpa levissima bis zu culpa lata dolo proxima wird von B. als unpractisch und unwissenschaftlich angefochten.

[203]) Beide umfasst Binding's Definition (a. a. O. S. 300). »Wissentlich etwas thun, was unerlaubt ist, heisst dolos handeln.« — Die negative Seite desselben Gedankens hebt er S. 201 ff. hervor.

b b) von Begehung;

b) willensseitlich: die Absicht;

2) Das Objektive ist die Unerlaubtheit.

Die Unerlaubtheit ist immer eine juristische Unerlaubtheit, nie eine bloss ethische oder sociale (engeren oder weiteren Kreises). Das juristisch Unerlaubte, ist es entweder aus spezieller Vorschrift, oder weil es gewissen vom Recht im Allgemeinen ausdrücklich oder stillschweigend anerkannten ethischen oder socialen Principien widerspricht.[204])

Die Unerlaubtheit kann ein Handeln sein oder ein Unterlassen.[205]

Das Wissen ist immer ein wirkliches Wissen, nicht ein Wissenmüssen. Es gilt hier, was Wächter speciell für die bona fides beim Eigenthumserwerb gegen Bruns ausgeführt hat.[206])

Binding's Worte über diese Frage lauten: „Wer über diesen wichtigsten Punkt (Unerlaubtheit) im Irrthum befindlich ist und doch handelt, der ermangelt des dolus und verfällt der Fahrlässigkeit." Auch Rechtsirrthum schliesst die Arglist aus.[207])

Prozessualisch und materiellrechtlich kann jedoch die

---

[204]) »Ein Vorgehen gegen Recht und Gesetze ist eine widerrechtliche Handlung.« (Z. Ch. Hasse, die culpa, 2. Aufl. S. 9). „Allen Begriffen, die sowohl von dolus als von culpa aufgestellt werden können, muss das gemeinschaftliche zu Grunde liegen, dass es Illoyalitäten sind.« (v. Löhr: Theorie der culpa, 1808, S. 1.)

Die Unerlaubtheiten sucht zu kategorisiren v. Wening-Ingenheim: Die Lehre vom Schadensersatz, S. 75 ff., S. 78 ff. — Binding redet einerseits von »bestimmten Normen«, andererseits von »nicht formulirten Forderungen der aequitas.« (a. a. O. S. 306.)

[205]) Wohl zu einseitig. Hasse a. a. O. S. 23: »Unterlassung: niemals schon darum und ohne Hinzutreten eines besond. Verpflichtungsverhältnisses widerrechtlich.« — Aehnlich ders. S. 137.

[206]) Vergl. insbes. Wächter: bona fides, 1871, S. 14 ff. — Ferner: Binding, a. a. O. S. 327. — v. Wening-Ingenheim, S. 8 a. a. O. S. 83. — Unger: System, S. 324 flg.: „Dies bewusste Wollen" u. s. f. — Winscheid: Pand. I. § 101 zu A. 6.

[207]) Bestritten.

grobe Nachlässigkeit der Arglist gleichgeachtet und behandelt werden. Insbesondere wird Unkenntniss der Norm gewöhnlich solche grobe Nachlässigkeit sein.[208])

Das Motiv der Absicht ist für das Vorhandensein der Arglist gleichgültig.[209])

Ehe wir nun, wie der Eintheilung nach folgte, den Begriff auch der groben Fahrlässigkeit umgrenzen, wollen wir zusehen, ob er überhaupt zur Verwendung kommt.

Es ist oben[210]) festgestellt, dass der Ausdruck Arglist und soeben auch, dass der Begriff Arglist, in keiner Form den Begriff der groben Nachlässigkeit in sich schliesse.

Andererseits[211]) war darauf hingewiesen, dass nach dem Prinzip der Strenge bei den Scripturobligationen, wie fast allgemein anerkannt ist, obwohl es sich nicht strict nachweissen lässt,[212]) eine Diligenzpflicht nicht besteht; eine solche

---

[208]) Vgl. Unger: System, S. 235. — Mommsen: Beiträge zum Obligatr. Bd. III, S. 254. will den dolus bei grober Nachlässigkeit „präsumiren" und die Wirkungen gleichstellen. Nach Stinzing, das Wesen der bona fides, nützt Rechtsirrthum, obwohl kein böser Glaube, doch nichts. (Ableitung aus der besonderen Art der prätorischen Rechtsertheilung.)

A. M. insbes. Bruns, bona fides 1870 S. 15. „Eben darum darf man auch die Regel error iuris non prodest nicht etwa für eine besondere rein positive neben der bona fides ansehen wollen, sondern sie bildet einfach nur ein wesentliches Element derselben." Dagegen: Wächter: a. a. O. § 21 ff. insbes. § 109: „Es ist blos gesagt, dass bei der Usucapion der gute Glaube unwirksam sein soll, wenn er Rechtsirrthum zur Grundlage hat."

[209]) Vrgl. Unger: System, S. 325. — Windscheid, Pand. § 101 zu N. 6.

[210]) s. o. S.

[211]) vrgl. o.

[212]) So auch z. B. scharf Gierke, a. a. O. S. 62: „Auch steht hier nicht, wie sonst, dem Wissen das verschuldete Nichtwissen gleich, da eben keinerlei Erkundigungspflicht vorhanden." Insofern geht Gierke durchaus nicht weiter vor, als Brunner, wie sehr er auch gegen Br. hervorhebt: „Aber auch eine Pflicht besteht für den Aussteller im weiteren als dem von Brunner angenommenen Umfang." Eher bleibt Gierke hinter Brunner in der Ausdehnung der sog. Nach-

in der Vertretungspflicht zu erblicken, wird unstatthaft, wenn diese durchaus abzuweisen ist. Woher sollte nun noch eine Nachweispflicht, mindestens für den Fall, wo der Nachweis „grobe Nachlässigkeit“ wäre, herzuleiten sein, wenn diese sog. grobe Nachlässigkeit — eben in Wirklichkeit keine grobe Nachlässigkeit ist? Es wäre ein recht ungenauer Ausdruck, wollten wir sagen: Bei den Scripturobligationen macht culpa nicht. In Wahrheit wäre das ein logisches quiproquo: denn was unter anderen Umständen, bei Zugrundelegung eines anderen obligatorischen Verhältniss eine grobe Nachlässigkeit wäre, was sich auch hier beim ersten Blick so darstellt, ist in Wahrheit überhaupt keine Fahrlässigkeit im technischen Sinn. Etwas derartiges kann also auch nicht verantwortlich machen, und noch weniger eine Nachweispflicht begründen.

Ist aber bei Arglist eine Nachweispflicht vorhanden? Auch dies kann nicht zugegeben werden; vielmehr macht nur ein unterlassener Nachweis, wenn die Unterlassung eine Arglist darstellt, schadensersatzpflichtig. Die Grundlage dieser Ersatzpflicht bildet nämlich nicht eine privatrechtliche Nachweispflicht: sondern der thatsächliche Verstoss gegen eine der Quelle nach öffentliche, dem Gebiet und den Folgen ihrer Uebertretung nach privatrechtlichen Pflicht, in

---

weispflicht zurück, wenn anders man gewisse Br.'sche Ausdrücke beim Wort nehmen darf. (s. oben.) Denn mehr kann man doch die sog. Nachweispflicht nicht einschränken, als G. dies thut mit den Worten: „in den Fällen, in denen der Aussteller ‚völlig sicher weiss!“ Geht G. dann am Schluss scheinbar weiter als Br., indem er die Pflicht, dem offensichtlich unberechtigten Vorzeiger des Papiers, dem Dieb, der es vor seinen Augen gestohlen hat“ die Nichtbefugniss dem B.'schen Kollusionsfalle an die Seite stellt, so entspricht er schon nicht mehr ganz dem von ihm selbst vorher aufgestellten Prinzip des „völlig sicheren Wissens.“ Denn sog. „Oeffentlichkeit‘ kann sehr wohl weniger sein als sicheres Wissen, wie gerade das Exempel des Diebstahls zeigt. Wo wären die äusserlich unfehlbaren Merkmale der Diebstahlshandlung? — Man muss eben hier eine eiserne Consequenz befolgen, sonst kommt man ins Wesenlose.

bestehenden Contractsverhältnissen (vielleicht auch schon in entstehenden!) Alles zu unterlassen, was aus Arglist gegen den andern Contrahenten unternommen werden könnte. Das Oeffentlichrechtliche dieser Pflicht zeigt sich insbesondere darin, dass der Pflicht kein Privatrecht einer anderen Person entspricht; ebenso wie der Pflicht, Niemanden zu tödten, kein Recht irgend einer Porson, nicht getödtet zu werden, gegenübersteht, correspondirt der Pflicht, den Mitcontrahenten nicht arglistig zu verletzen, kein Recht des Mitcontrahenten, nicht arglistig verletzt zu werden.

Wie aus der Verletzung einer Pflicht der Strafrechtsanspruch des Staates erwächst, so entspringt aus der Uebertretung jenes ein Schadensersatzanspruch. Desswegen, weil Anlass, Zweck und Folgen der bona fides -pflicht — wenn man so positiv reden darf — bei Contracten dem Privatrecht angehören, stellt man sie mit Fug im Privatrecht dar; ihrem Wesen nach ist sie eine öffentlich-rechtliche und kann desshalb z. B. nicht privatrechtlich erlassen werden. Die Arglist bei Contracten gehört in die Reihe der Privatdelicte in einem besonderen Sinn. Es handelt sich hier nicht um ein unberechtigtes Eingreifen in eine fremde Rechtssphäre.

Ein Ausfall dieser allgemeinen[213]) Regel bei Scripturobligationen ist nicht einzusehen, die Regel: contractus quidem dolum malum dumtaxat recipiunt gilt auch für sie; auch für sie ist ein pactum ne dolus praestetur nicht nur legislatorisch unrathsam,[214]) sondern auch factisch und rechtlich unmöglich.[215])

Das Richtige scheint also zu sein: Es entspringt eine civilrechtliche Ersatzpflicht aus einem dolosen Verhalten gegen den Gläubiger. Darin liegt:

---

[213]) vergl. z. B. v. Löhr; a. a. O. S. 135.

[214]) S. o.

[215]) S. o. v. Wening-Jngenheim a. a. O. S. 85: „Verträge, welche im Voraus Betrug und dolose Handlungen erlauben, müssen von jeder vernünftigen Gesetzgebung verworfen werden."

Die Annahme des Ersatzes kann zurückgewiesen werden.

1) Die Basis der Ersatzpflicht ist der Thatbestand der Arglist in Bezug auf das obligatorische Verhältniss.

2) Dieser Thatbestand bildet eine Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht dem Gläubiger gegenüber.

3) Das entsprechende Verhalten, ein Unterlassen des Dolus zu verlangen, ist ein öffentliches des Gemeinwesens, nicht ein privates des Gläubigers.

4) Der Schuldner ist also auch privatrechtlich nicht verpflichtet, den Nachweis des Nichtrechts zu führen; der Gläubiger nicht berechtigt, einen derartigen Nachweis zu verlangen.

5) Die Unterlassung des Nachweises macht, falls das Unterlassen eine Arglist enthält, deshalb verantwortlich.

6) Diese Verantwortlichkeit besteht in der privatrechtlichen Pflicht des Schuldners bei entsprechendem Recht des Gläubigers allen dem Letzteren aus der arglistigen Unterlassung etwa erwachsenen Schaden zu ersetzen, bezw. das volle Interesse zu leisten.

7) Grobe Nachlässigkeit macht nicht verantwortlich.[216])

8) Die Ersatzleistung ist eine völlig unter den Sätzen des allgemeinen Rechts stehende; keine Scripturobligation, insbesondere nicht die Erfüllung der eventl. erloschenen Scripturobligation. Der Gegenstand der Leistung aus dieser Scripturobligation muss natürlich in erster Linie bestimmend auf die Fixirung des Interesses einwirken;[217]) ja möglicher Weise

---

[216]) A. M. alle Diejenigen, die blossen Verdacht zur „Nachweispflicht" genügen lassen. Vergl. Savigny a. a. O. II. S. 335 flg. — Seuffert: Arch. X. N. 201. Entsch. d. O.-A.-G. Lübeck, S. IX. 55.

Für die hier vertretene Ansicht prinzipiell auch R.-O.-H.-G. V. XIV. S. 66. X. 92, S. 403.

Das englische Recht macht auch für „grobe Nachlässigkeit" verantwortlich, ohne dieselbe jedoch als bösen Glauben zu betrachten. Es statuirt also eine gewisse Diligenzpflicht. Vergl. Wolff, Arch. f. W.-R. XII. N. V. 149.

[217]) Das Interesse kann z. B. auch in der Herausgabe der Urkunde, in der Neuausstellung eines Accepts bezw. dem Ersatz dafür bestehen."

können sich beide Leistungen materiell völlig decken, formell juristisch sind sie verschieden.

9) Inwieweit eine strafrechtliche Folge eintritt, hängt von den besonderen Umständen ab und gehört jedenfalls nicht hierher.

10) Eine „Nachweispflicht“ ist auch dann nicht zu statuiren, wenn dem Schuldner Sicherheit (Caution, Bürgschaft!) geleistet wird.

Hier zeigt sich so recht die Gefahr, Rechte und Interessen in gar zu innigen Zusammenhang zu bringen. Begründet man nämlich die Nichtweispflicht damit, dass der Schuldner sonst Gefahr liefe, einen ungerechtfertigten Beweis zu versuchen und Schaden zu erleiden,[218]) so muss die Pflicht eintreten, sowie keine Gefahr mehr vorhanden ist.[219]) Woher die Pflicht in der That positiv herzuleiten wäre, ist damit noch nicht besser erklärt. Jedoch wird die Consequenz einer unrichtigen Ansicht richtig für alle die Fälle gezogen, in denen dem Schuldner „völlige Sicherheit“ gewährt wird.[220])

---

[218]) S. z. B. Thöl, a. a. O. S. 693: „Der Schuldner ist nicht verpflichtet, sich einer möglichen Gefahr auszusetzen, wenngleich diese den Umständen nach noch so unwahrscheinlich sein mag.“ Wäre er übrigens wirklich verpflichtet, den Nachweis zu führen, so würde Schadenserleiden höchstens Ersatzanspruch begründen, nicht die Pflicht aufheben.

[219]) »Wenn ein andrer dies verlangt und unter dem Erbieten die Gefahr und Verantwortlichkeit auf sich nehmen zu wollen und unter genügender Sicherstellung wegen Erfüllung dieses Versprechens«, . . . . »wo sein Interesse an der Erfüllung beseitigt ist; er würde die möglichste Widerrechtigkeit begünstigen, mithin von seiner Schuld nicht liberirt sein.«

(Thöl: a. a. O.)

Doch wohl nur objectiv begünstigen! Und warum sollte er deshalb nicht liberirt werden? Die subjective Begünstigung verbietet sich aus einem anderen Grunde, den Thöl selbst wenigstens als einen anderen anerkennt, indem er ihn mit »ausserdem« eingeführt gleich folgen und ihn in der Collusion aufgehen lässt.

[220]) Wer sie gewährt, muss an sich natürlich gleichgültig sein. Insbesondere braucht sie nicht der Gläubiger selbst anzubieten.

Allein abgesehen von Allem anderen, wann wäre denn eine völlige Sicherheit denkbar? Leistet ein gut situirter Bankier Sicherheit, ein Staats- oder Gemeinwesen von anerkannt vorzüglichen Finanzen, gehört eine verhältnissmässig geringe Summe zur Gewährerfüllung, so wird für den Fall des Misslingens des Nachweises eine hohe Wahrscheinlichkeit der Schadloshaltung gewiss vorliegen, eine unbedingte Sicherheit mit nichten. Auch die scheinbar unerschütterlichsten Bestände sind dem Wechsel ausgesetzt. Das Bankhaus kann durch einen grossen Börsenkrach insolvent werden, der Inhaber sterben und dadurch in Folge einer langwierigen Auseinandersetzung mindestens eine Zahlungsverzögerung eintreten; der Staat wird in einen kostspieligen Krieg verwickelt u. s. f. Was so zum denkbar grössten Sicherheitsgefühl berechtigte, kann in Wirklichkeit Sicherstellung verfehlen, und dabei ist die Gefahr nicht immer so gering, wie in diesen Grenzfällen. Wo aber liegt die Grenze, und wie wäre eine Detailfeststellung möglich? —

Man muss ferner bedenken, dass das Princip der Einfachheit der Scripturobligationen nicht recht gewahrt wäre. —

Endlich steht noch ein dritter Umstand, der, wie gezeigt, praktisch undurchführbaren, theoretisch unmöglichen und unbegründeten Meinung entgegen. Die Sicherheitsstellung kann sich doch nur auf das Geldinteresse erstrecken. Allein, es giebt noch Interessen, die sich nicht oder nur schwer in Geld abschätzen lassen, also überhaupt nicht oder nur in Ausnahmefällen oder nach schwierigen Ermittelungen ersetzt werden könnten. Da sind z. B. der Wunsch einer einfachen Rechtsabwicklung, die Abneigung vor mühseligen Rechtsgeschäften, Beweisaufnahmen, Rechtshändeln; das besonders bei Massenemissionen u. dergl. gerechtfertigte Interesse an einem geordneten, regelmässigen und glatten Geschäftsgang; unzählige andere allgemeine und unendlich viele individuelle Interessen, für deren Verletzung es überhaupt keine Sicherheit giebt. — Mit Berücksichtigung dieser Einwendungen würde sich der Satz der Gegner dahin abschwächen: eine Nachweispflicht bei

einer verhältnissmässig guten Sicherstellung in einfacher Form für geldwerthe Interessen. Allein dies Ergebniss würde auch sie nicht befriedigen; wir fragen auch dann noch, woher die Pflicht kommt, da sie doch aus dem Fehlen eines Interesses an der Nichtbefolgung nie positiv resultiren kann. Eine specielle Vertretungspflicht ist schon oben[221]) zurückgewiesen.[222])

So ist es denn hoffentlich erwiesen, hauptsächlich an der Hand der vorgängigen Untersuchung über die Natur der Scipturobligationen und gestützt auf einige Fundamentalsätze des Obligationenrechts überhaupt, dass ein Nachweisrecht der Nichtbefugniss oder vielmehr ein Leistungs-Verweigerungsrecht bezw. eine Nichtpflicht dem Nichtbefugten gegenüber denkbar und begründet ist; — eine Nachweispflicht dagegen durchaus nicht existirt; nur macht ein Nichtnachweis unter gewissen Voraussetzungen dem Gläubiger gegenüber ersatzpflichtig.

## § 10.

# Praktische Schlussbetrachtung.

Es erübrigt noch einen kurzen Blick auf die practische Seite der nun beantworteten Frage zu werfen. Durchlaufen wir die für die Inhaberpapiere so spärliche, für Orderpapiere

[221]) S. o.

[222]) Gegen eine Nachweispflicht wendet sich auch Brunner a. a. O. S. 212, und zwar recht eingehend und treffend. Nur geht B's. Abwehr etwas über den Angriff hinaus. Es handelt sich nicht um eine Verpflichtung «dem seines Wissens unredlichen Inhaber gegenüber; sondern evtl. um eine Pflicht, dem, wie er positiv weiss, unredlichen Inhaber gegenüber; die Gefahr, Kosten und Mühe vergeblich aufzuwenden, schwindet also. Im negativen Endresultat ist Brunner beizupflichten; aber seine Beweisführung sieht etwas zu vorwiegend auf die praktischen Gesichtspunkte. Uebrigens kann nicht einmal zugeben werden, dass die Pflicht für einen Dritten einzutreten, »für Letz-

insbesondere aber für Wechsel so reichliche Gesetzgebung der wichtigsten Länder, so finden wir über unsern Gegenstand so gut wie gar nichts; nicht viel besser belohnt sich eine Durchsicht der vorliegenden Judikatur; die Wissenschaft endlich hat im heftigen Kampfe um die Hauptbollwerke jenen Posten nur spärlich vertheidigt; meist beiläufig und mehr oder weniger kurz ist die Frage zur Erörterung gekommen und nicht immer mit der nöthigen Präcision und Gründlichkeit zu Ende geführt worden; häufig allerdings unter dem Einfluss unrichtiger Anschauungen vom Wesen der Scripturobligationen, konnte das Resultat nicht wohl befriedigen.

Nun aber wäre es ungerechtfertigt, aus dieser verhältnissmässig geringen Betheiligung aller rechtsbildenden und rechtsfördernden Faktoren den Schluss zu ziehen, die Frage sei müssig und verdiene keine Erörterung. Denn vor Allem giebt es keine grundsätzliche Frage, die nicht um ihrer selbst willen der Lösung harrte, selbst in einer in ihren letzten Zielen so rein praktischen Disciplin, wie die Rechtswissenschaft es ist. Das trifft aber noch besonders für eine Lehre von der principiellen Controversität der Scripturobligationen zu; hier kann auch ein praktisch abgelegenes Gebiet, wenn es erhellt wird, seinen Wiederschein auf die ganze breite Heerstrasse hinüberwerfen. Die Neben- und Vorfragen sind geeignet, zugleich zur erneuten Betrachtung mindestens Anregung zu geben.

Jedoch auch weiterhin: eine praktische Bedeutung lässt sich, die Sache so betrachtet, wie wir sie ansehen, sicherlich nicht in Abrede stellen; blicken wir von der Häufigkeit einschlägiger Fälle absehend, auf die wirthschaftliche Tragweite solcher, sei es drum, seltenen Erscheinungen, so können wir diese getrost bedeutend nennen: Man denke an die

---

ter'n ohne Nutzung sei, wenn nicht der Schuldner zugleich berechtigt und verpflichtet ist, das von dem unredlichen Erwerber präsentirte Papier zurückzuhalten.« Es wäre wohl besser; jedoch kann der Schuldner ja dem Gläubiger Anzeige machen, selbst (auf seine Gefahr) negotia geriren; es kann dafür gesorgt werden, dass einem Dritten der gute Glaube oder die Möglichkeit des Erwerbs überhaupt fehlen muss: u. s. f.

Massenhaftigkeit mancher Papieremissionen, an die Bedeutung gewisser Scripturschuldnerpersonen, indem z. B. Staaten sich überwiegend in solcher Form verpflichten; an die sich daran anschliessenden Verkehrförderungen bezw. -Hemmungen, an den damit zusammenhängenden Credit hochangesehener wirthschaftlicher, politischer sozialer Personen; schliesslich wird man in dieser Frage zur fides des täglichen Lebens Stellung nehmen müssen und sie beeinflussen, je nachdem man hier mehr oder weniger weit geht; insbesondere der Bankverkehr, dieser hochbedeutsame Factor des Wirthschaftslebens wird dabei principiell in Mitleidenschaft gezogen.[223])

Die Fälle, in denen zur Ausübung oder sogar zur erfolgreichen Ausübung des Nachweises gelangt wird, werden allerdings verhältnissmässig selten sein. Specialisiren und detailliren lässt sich hier nicht. Der Erfolg ist immer da, wo die Befugniss dem Fordernden fehlt und der liquide Beweis davon dem Belangten gelingt. Das Unternehmen einen solchen Beweis zu führen, setzt mehr oder weniger Muth voraus, bringt mehr oder weniger Gefahr mit sich, je nachdem einleuchtende und parate Beweismittel zur Hand sind oder nicht. Ein im Voraus ganz sicherer Erfolg der Durchführung des thatsächlich im einzelnen Falle begründeten Nachweises wird jedenfalls nur dann vorliegen, wenn der Beweisführer nicht nur bestimmt glaubt, sondern positiv weiss, dass der Fordernde nicht befugt ist, die Leistung entgegenzunehmen.[224]) Wann

---

[223]) Dagegen sind wirthschaftlich schlimme Folgen der Nachweismöglichkeit nicht abzusehen. So auch Thöl, a. a. O. S. 677; »Für das Gegentheil ist weder ein Bedürfnis im Verkehr, noch der Wille im Verkehr«! Goldschmidt, Z. XXXVI, S. 136: »Nach dem Entwurf sind zahlreiche Personen Gläubiger, welche dies nach der Volksanschauung weder sind noch sein wollen« (inclusive auch für die blos Befugten). Bekker, a. a. O. S. 391: Dass das Gegentheil (eines Nachweises) dem Verkehr besser entspräche, will nicht einleuchten. Hoffmann, Arch. f. W. R. V. N. X. will der entgegengesetzten Willenserklärung sogar die rechtliche Wirkung versagen vergl. noch Carlin, a. a. O., Mühlenbruch, a. a. O., S. 172, 174.

[224]) Vergl. Stobbe, Hdbch. a. a. O. — Thöl; a. a. O. Gierke; a. a. O.

ein derartiges Wissen vorliegt, lässt sich, wie gesagt, bei der unerschöpflichen Vielgestaltigkeit der menschlichen Lebensverhältnisse nicht absolut bestimmen; dann jedoch fast gewiss, wenn der Gläubiger in diesem Punkte gewissermassen mit den Gedanken des Schuldners denkt, der am besten, auch hier nicht immer sicher, wissen kann, ob er befugt ist oder nicht; das trifft den Fall der Kollusion. Ebensowenig ist es natürlich möglich, die Fälle der verantwortlich machenden Arglist genau festzulegen, ja dies eher noch weniger, da hier zum Wissen auch das Wollen kommt. Jedenfalls steht hier in erster Linie der Fall der Kollusion; doch auch andere Fälle lassen sich denken. Es kommt hier, wie angedeutet, insbesondere auf den Seelenzustand des Schuldners an. Indessen muss man sich hüten, dabei den bösen Glauben schon der Arglist gleichzustellen. Glaubte z. B. der Schuldner dem Unbefugten zu leisten und that er es, um dem Gläubiger einen Streich zu spielen; in Wirklichkeit war Jener befugt; hinterher unterschlug er das empfangene Geld aus selbstständiger Entschliessung: so wird der böse Glaube nicht schadensersatzpflichtig machen.

Obwohl nach Obigem eine Nachweispflicht geleugnet werden muss, so ist doch deshalb der Zustand des Verkehrs nicht ganz so trostlos, wie es Thöl annimmt, falls man die Nachweispflicht bei Kollusion u. s. w. versagte. Man muss sich doch auch vor einer nur ähnlich einseitigen wirthschaftlichen Anschauung hüten, wie wir sie von einem französischen Juristen oben berichtet haben, der in dem Institut der Inhaberpapiere das Grab von Gesellschaft und Verkehr erblickte. Kein Licht ohne Schatten und, besonders in der Wirthschaftslehre und practischen Juris prudenz, kaum Ein Vortheil ohne jeglichen Nachtheil. Dass ein reger, einfacher, sicherer, ehrlicher Verkehr im Allgemeinen, eine kleine Gefahr im Einzelnen nicht zu theuer erkauft, ist klar. Eine absolute Sicherheit lässt sich unter Wahrung jener eminenten Vorzüge nicht erreichen; dass sich aber der Verkehr nicht an diese Ecken stösst, das zeigt nichts besser, als die immer

zunehmende Bedeutung und Ausdehnung der Scripturobligationen. Uebrigens ist die Sicherheit, wie schon hervorgehoben, Dank dem ingeniösen Mechanismus dieser Obligationen eine ganz hervorragend grosse zu nennen. Nimmt man hinzu, dass in den fraglichen Fällen der Schuldner das Nachweisrecht hat und sehr oft, wenn es das Interesse des Gläubigers dringend erheischt und das eigne nicht schädigt, den Nachweis thatsächlich unternehmen wird; dass die Schuldner sehr häufig Personen sind, denen ein guter Ruf geschäftsmänniger Coulanz, ganz abgesehen von Rechtspflicht oder nicht, Geldeswerth oder ihrer idealen Natur nach (Staaten; Gemeinden!) in sich selbstverständlich ist; dass in gewissen Fällen der Schuldner durch das eigene Interesse der Verantwortlichkeit[225]) zum Nachweis gedrängt wird, und wenn er ihn dennoch versäumt, ein blosser Ersatz des vollen Interesses dem hintergangenen Gläubiger doch nicht Alles, oft gar nichts nimmt; bedenkt man weiter, dass gerichtliche Zahlungssperre in Folge Eröffnung des Amortisationsverfahrens, in manchen Theilen Deutschlands und des Auslandes in Folge blosser Anzeige zulässig ist; dass stellenweise einfache Privatanzeige genügt; dass Arrest denkbar ist; dass einem criminalgerichtlichen, polizeilichen, verwaltungsmässigen, ja vereinbarungsgemässen (Vinculirung!) Eingreifen durchaus nichts im Wege steht: Zieht man dies Alles zu Rathe, dann schrumpft die Gefahr für den Gläubiger Räubern, Dieben und Betrügern zum Opfer zu fallen, factisch zu einem Minimum zusammen. —

Ueberdies stehen dem Berechtigten alle gewöhnlichen Mittel zu Gebote; erbringen sie auch nicht immer Alles, so

---

[225]) Es liegt im Interesse des Gläubigers, der Verlust fürchtet und dem andere Mittel nicht zu Gebote stehen, den Schuldner durch öffentliche Bekanntmachungen, Anschläge, Zeitungsinserate gewissermassen in bösen Glauben zu versetzen und den gewissenhaften Schuldner zur Ausübung seines Nachweisrechts zu veranlassen. Private Anzeige begründet aber an sich keine Nachweispflicht. — Vergl. Heise. H. R. § 95; Hoffmann, Arch. f. W. R. S. 298. Goldschmidt, Z. VIII. S. 232. A. M. Bender, a. a. S. 454 f.

sind sie immerhin bedeutungsvoll. Hierher sind zu zählen Die Vindication der Urkunde; die actio doli gegen den arglistigen Dritten; Die condictio furtiva je nachdem; endlich in Folge des Ersatzanspruches eventl. abgetretene Klagen des Schuldners gegen den zu Unrecht Honorirten.

# THESEN.

I.

Die Scripturobligation beruht auf dem Prinzip des Formalismus.

II.

Das Verbot der lex commissoria im gemeinen Pfandrecht besteht trotz des Reichsgesetzes vom 14. Nov. 1867 betr. die vertragsmässigen Zinsen zu Recht.

III.

Der Begriff des Polizeiunrechts ist historisch, theoretisch und praktisch unhaltbar.

IV.

Cap. 25 X. de jure patr. III, 38 enthält einen Fall des Kompatronats; seine Bestimmungen beziehen sich nur auf den Präsentationsmodus.

V.

Die sozialistische Beurtheilung, namentlich seitens Rodbertus, der Vertheilung des Nationalprodukts übersieht den Werth der geistigen Arbeit.

# Lebenslauf.

Ich wurde am 26. März 1868 als Sohn des Fabrikanten Hermann Landsberg und seiner Ehefrau Franziska geb. Meyer zu Offenbach a./M. geboren. Ich bin evangelischer Confession. In Offenbach besuchte ich die Vorschule, trat Ostern 1878 in das Gymnasium zu Frankfurt a./M. ein, welches ich Ostern 1887 mit dem Zeugniss der Reife zur Universität verliess. Ich bezog darauf nacheinander die Hochschulen Bonn, Leipzig, Berlin und legte am 21. November 1890 am königl. Kammergericht zu Berlin die erste juristische Prüfung ab. Am 12. Mai 1891 bestand ich vor der juristischen Facultät zu Berlin das Doctorexamen. Zur Zeit bin ich bei dem königl. Amtsgericht St. Goarshausen als Referendar beschäftigt. Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen der Herren Professoren: Bechmann, Hälschner, Landsberg, Lips, Loersch, Sering, Binding, Roscher, Sohm, Wach, Windscheid, Brunner, Dambach, Dernburg, v. Gneist, Goldschmidt, Lasson und die Uebungen der Herren Professoren: Gierke, Goldschmidt, Hinschius und Windscheid. Allen diesen Lehrern sage ich an dieser Stelle für ihre Anregung und Förderung meinen herzlichen Dank.